


مجلة علمية مُحكّمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

«نصف سنوية»

**العدد السابع عشر - ربيع الثاني ١٤٢٣هـ - يونيو ٢٠٠٢م**



تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٦٠٨-١٠١٣

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199




بسم الله الرحمن الرحيم



**الاشتراكات السنوية:**

| نوع الاشتراك | الإمارات | الدول العربية | الدول الأجنبية | سنوات الاشتراك |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| أفراد | ٣٠ درهم | ٤٠ درهم | ١٠ دولار | سنة |
| مؤسسات | ٦٠ درهم | ٨٠ درهم | ٣٠ دولار | |
| أفراد | ٥٥ درهم | ٧٥ درهم | ٢٥ دولار | سنتين |
| مؤسسات | ١١٠ درهم | ١٥٠ درهم | ٥٥ دولار | |
| أفراد | ٨٠ درهم | ١١٠ درهم | ٣٥ دولار | ٣ سنوات |
| مؤسسات | ١٥٠درهم | ٢٠٠ درهم | ٨٠ دولار | |

**تدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية:**

١- إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية .

٢- أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدة لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا .

**توجه جميع المراسلات والبحوث على العنــوان الآتي:**

مجلة الشريعة والقانون

العين - ص .ب ١٥٥٥١ - دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف :٧٥١٤٣٣٦ (٣ ٩٧١)- فاكس :٧٦٤١٢٢٦ (٣ ٩٧١)

**البريد الالكتروني:** sharia_law.journal@uaeu.ac.a

**موقع المجلة على شبكة الانترنت:** http://sljournal.uaeu.ac.a



# أهداف المجلة وقواعد النشر

## ❖ أولاً: أهداف المجلة:

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنويَّة محكَّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظيراتها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطاري الشريعة والقانون، لا سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاقي الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

## ❖ ثانياً: قواعد النشر:

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٣- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٤- يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٥- يجب ذكر المصادر والمراجع العلميّة ومؤلفيها في نهاية كل بحث مرتبة ترتيباً هجائياً مع بيان جهة النشر وتاريخه.

٦- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبيّن النتيجة والرأي أو الآراء التي تضمنها.
٧- يمكن أن يكون البحث تحقيقاً لمخطوطة تراثيّة، وفي هذه الحالة تُتَّبع القواعدُ العلمية المعروفة في تحقيق التراث وترفق بالبحث صورٌ من المخطوط المحقق.
٨- تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، ويفضل أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، ( ١٦-٣٢ ) صفحة من الحجم العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.
٩- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تمّ إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.
١٠-يجب أن يكون البحث مرقوناً على الحاسوب،وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) .
١١-يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.
١٢-يرفق البحث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لايزيد على صفحة.
١٣- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .
١٤- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.
١٥- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

❖ أولوية النشر:

أ- البحوث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة.
ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .
جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

❖ ملاحظات:

١- ماينشر في المجلّة من آراء يُعبّر عن فكر أصحابها ولا يُمثل رأي المجلّة أو اتّجاهها.
٢- ترتيب البحوث في المجلّة يخضع لاعتبارات فنية.
٣- لاترد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشرت أم لم تنشر .
٤- لايجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة تحرير المجلّة إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر.
٥- تستبعد المجلّة أي بحث مخالف للشروط المذكورة.
٦- لاتدفع المجلّة مكافآت مقابل البحوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكريّة مالم يكن بتكليف منها.
٧- يعطى الباحث نسختين من المجلّة وخمسة وعشرين فصلة من بحثه.

# محتويات العدد

**أهداف المجلة وقواعد النشر** ........................................ ٥-٦

**كلمة العدد بقلم رئيس التحرير** ........................................ ٩-١١

## ❖ البحوث والدراسات المُحَكَّمة:

- **رقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب**
  أ.د. فائق محمود الشماع ........................................ ١٣-٥٣

- **المعاينة كوسيلة من وسائل إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه**
  د. علي خطار شطناوي ........................................ ٥٥-٧٩

- **ملامح فقه القطع والظن عند الإمام الشافعي**
  د. سامي الصلاحات ........................................ ٨١-١٤٧

- **دفوع الكفيل المتضامن- دراسة مقارنة**
  د. محمد إبراهيم بنداري ........................................ ١٤٩-٢٣١

- **ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي**
  د. جليل حسن الساعدي ........................................ ٢٣٣-٢٦٦

- **السياسة الجنائية في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في ضوء أحكام القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شان تجريم غسل الأموال**
  د. فتيحة محمد قوراري ........................................ ٢٦٧-٣٤٠



## كلمة العدد

# حقوق المؤلف والحقوق المجاورة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد نا محمد وآله وصحبه أجمعين .

وبعد ، ،

ها ونحن اليوم ندخل الألفية الثالثة بما تحمله من تحديات كبرى على صعيد الفكر والمعرفة ، وما صاحب ذلك من ثورة في ميادين المعرفة والتكنولوجيا والتقنية وماترتب على ذلك من تداعيات تستدعي منا التكيف معها ، وعلى نحو يمكننا من الإفادة من منجزات العلم والمخترعات الحديثة وتجنب آثارها السلبية على حضارتنا واقتصادنا وبنياننا العَقَدي والاجتماعي والفكري ، وأن تلاقي هذه الأمور استدعى من ذوي الاختصاص مراجعة البُنَى التشريعية والقانونية الناظمة لحقوق الملكية الفكرية في دولة الإمارات العربية المتحدة والدول العربية ومقارنتها مع الأحكام الدولية النافذة بغية تطويرها وتحديثها .

ودخول دولة الإمارات العربية المتحدة في منظمة التجارة العالمية ، وسريان أحكام اتفاقيات التجارة الدولية عليها وبالأخص اتفاقية "تريبس" واتفاقية "برن" التي أحالت عليها اتفاقية "تريبس" والمتعلقة بالملكية الفكرية في مجال التجارة العالمية . وماأوجبته هذه الاتفاقيات على الدول المنضمة لها ؛ ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة ، يستدعي تناول كافة موضوعات الملكية الفكرية بما فيها الآثار القانونية والاجتماعية والاقتصادية لهذه الاتفاقيات وإذا كانت دولة الإمارات سباقة في العالم العربي في استصدار قانون حماية المصنقات الفكرية وحقوق المؤلف في سنة ١٩٩٢م إلا أن التداعيات العالمية التي سقناها أيضاً جعلت دولة الإمارات تبادر إلى استصدار

القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٢ في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وذلك تماشياً مع الاتفاقيات العالمية وحماية الحقوق الفكرية والإبداع الإنساني.

والمؤكد أن هذه المستجدات لاتحتاج إلى نصوص للتوافق معها بل أنها فتحت الباب أمام إعادة النظر في القواعد العامة التقليدية وأن التقدم الهائل في مجال المعلوماتية والناتج عن استخدامات شبكات الإنترنت لايجب أن يكون على حساب حقوق المؤلف وإبداعه، وإذا كان مجال الملكية الفكرية بما جرى عليه العرف له ميادين ثلاثة هي حقوق الملكية الأدبية والفنية وبراءة الاختراع والعلامات التجارية، فإن دولة الإمارات في نشاطها المتسارع حول الاندماج في الاتفاقيات العالمية رأيناها لم تقف عند القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية، بل سارعت أيضاً إلى إصدار تعديل موسع لهذا القانون يستوعب المستجدات ويتواءم مع التطور السريع في هذا المجال وهو القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٢ بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم ٧٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية.

وهكذا فإن العالم الذي أضحى قرية كونية تتجول فيها من خلال الانترنت والتي لاتعرف حدود الدول سواء من خلال الاطلاع على إبداعات الفكر الحديث أو البيئة التجارية التي صنعت من خلال التسوق عن طريق الانترنت مما حدا بالدول ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة أن تضع الأحكام والقواعد التي تتوائم مع معطيات هذا العصر.

**أ.د. جاسم علي سالم الشامسي**

**رئيس التحرير**

# البحوث والدراسات



# رقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب

إعـــداد

الأستاذ الدكتور/ محمد فائق الشماع *

**ملخص البحث :**

فتح الحساب المصرفي ظاهرة شائعة تتزايد عليها الطلبات من جمهور المتعاملين نظراً لما يرتبه من مزايا جمة لأطرافها. لكن في المقابل يترتب على فتح الحساب المصرفي مخاطر ائتمانية جمى، الأصل أنها متوافرة منذ لحظة فتح الحساب المصرفي.

وتحاول هذه الدراسة الوقوف على مدى قدرة المصرف على فرض رقابة للجدارة المالية للعميل من خلال بيان الأساس القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب، والمبررات القانونية لهذه الرقابة، ومدى التزام المصرف بمباشرة الرقابة على الجدارة الشخصية للعميل طالب الحساب. كما تخلو معظم التشريعات العربية -إن لم يكن جميعها- من معالجة النطاق القانوني لرقابة المصرف على هذه الجدارة الشخصية على عكس التشريع الفرنسي كما جرى العرف المصرفي على التحري والتثبت من بعض الأمور الخاصة المتعلقة بشخص طالب فتح الحساب من خلال المعلومات الوا ردة في استمارة الطلب أو بواسطة الأغيار. . ولعل أهم هذه المعلومات هي: الهوية الشخصية، العنوان، المهنة، السمعة.

---

* أستاذ القانون التجاري/كلية القانون- جامعة بغداد- محاضر متفرغ في كلية القانون- جامعة اليرموك - الأردن



**مقدمة:**

فتح الحساب المصرفي ظاهرة شائعة تتزايد عليها الطلبات من جمهور المتعاملين نظراً لما يرتبه هذا الحساب من مزايا جمة لأطرافه [١] . فمن جهة، يعد فتح الحساب وسيلة المصرف المثلى لجذب الزبائن للتعامل والارتباط معهم بعمليات مصرفية أخرى أكثر أهمية، وفي مقدمتها استقبال الودائع النقدية التي تعد شريان الحياة بالنسبة للمصرف[٢] . ومن جهة أخرى، فإن فتح الحساب المصرفي يهيئ للمتعاملين وسائل مصرفية لتسوية الديون [٣]، دون تحمل أعباء نقل النقود ومخاطر ضياعها، مثل سحب الصكوك وإصدار أوامر النقل المصرفي وتنفيذ الحوالات المصرفية الأخرى . ولا يخفى ما لهذه الوسائل المصرفية من أهمية بالغة [٤]، خاصة وأن الحصول على دفتر الصكوك (الشيكات)، أو مجرد الحق في الحصول عليه، يمنح صاحب الحساب صفة عميل المصرف[٥]، وهي صفة ذات اعتبار هام في التعامل ولكنها لا تخلو من المخاطر ما لم يحسن المصرف انتقاء عملائه[٦] .

---

(١) راجع ، د. فائق محمود الشماع : التصنيف النوعي للحسابات المصرفية ، المجلة العربية للفقه والقضاء ، ١٩٩٣ ، ص ١٣٠ وما بعدها .

(٢) د. خليل محمد حسن الشماع : إدارة المصارف، ط٥/ ١٩٧٥، ص ٣٠٢ - ثم لاحظ أيضاً د. فائق محمود الشماع : وديعة النقود" دراسة قانونية مقارنة" ١٩٩٢، ص ٢ .

(٣) R. Rodière et J . L . Rives - Lange : " droit bancaire " précis Dalloz éd .1975 . n . 89 . p. 93 . J. L. et M . Rives - Lange :" Le compte courant" in . C .com . annexes . Banque Fascul . 17 n.2 P . 4 .

(٤) لاحظ : د. فائق محمود الشماع : " النقل المصرفي/ تقنية محاسبية - وسيلة أداء مصرفية " ط ١٩٩٣، ص ٤-٦ .

(٥) الفقرة (خامساً ) من المادة ( ١٦٧ ) من قانون التجارة العراقي .

(٦) H . Cabrillac : " Introduction au droit bancaire " éd . 1965 .P. 33 et 49 .

وتشير النزاعات القضائية في الواقع إلى أكثر من صورة من مخاطر فتح الحساب المصرفي لمشبوه[1]. فالصورة الأولى، وهي الشائعة مع الأسف، تتمثل بالحالة التي يفلح فيها شخص بفتح حساب لدى مصرف ويتسلم دفتر للصكوك يستعمله لسحب صكوك (شيكات) بدون رصيد[2]، والصورة الثانية تتمثل بحالة استخدام الحساب المصرفي لتحصيل قيمة صكوك مسروقة أو مزورة حيث يقوم سارق الصك، بعد نجاحه بفتح حساب مصرفي، بإيداع الصك المسروق في حسابه ثم يسحب قيمته ويختفي فيما بعد، ويكفيه لهذا الغرض مجرد وضع توقيع مزور للمستفيد على ظهر الصك المسروق والإسراع بالمطالبة بقيمته قبل وصول معارضة بالوفاء إلى المسحوب عليه. وهكذا، يفلح السارق في الاستحواذ على قيمة الصك المسروق حتى ولو كان هذا الصك مسطراً، وذلك من خلال صفة " العميل " التي اكتسبها متستراً وراء فتح الحساب المصرفي. ولعل من المؤسف له الإشارة إلى أن هذه الصورة من المخاطر سهلة التحقق في ميدان الشركات والأشخاص المعنوية كما حدث ذلك في فرنسا حيث لجأ إليها اكثر من محاسب استطاع الاستحواذ على الصكوك الواصلة إلى مؤسسته وحتى تلك التي كانت مسطرة، وقام باستحصال قيمتها بعد إيداعها في حسابه المفتوح لدى المصرف من خلال تظهير مزور، دون أن تستطيع مؤسسته اكتشاف ذلك إلا بعد سنين انقضت على تحقق عمليات التزوير،

---

(١) راجع : د. السيد محمد محمد اليماني : مسؤولية البنك تجاه الغير عن خطئه في فتح الحساب وتشغيله. محاضرات معهد الدراسات المصرفية/ ١٩٨١، ص ٢٢٩-٢٣١.

(٢) يقضي القانون العراقي باستعمال لفظ صك بدلاً عن مصطلح شيك المعروف في مختلف القوانين الأخرى.

الأمـــر الذي أدى إلى تحـريك دعـوى المسـؤوليـة على المصـرف لفـتح حسـاب دون تحـوط[1] .

والصورة الثالثة لمخاطر فتح الحساب المصرفي دون تحوط تتمثل بالحالة التي يستطيع بها شخص من استحصال قيمة أمر مزور بالنقل المصرفي من خلال الحساب المصرفي المفتوح له تحت اسم وهمي، وهي حالة تكررت اكثر من مرة في فرنسا نذكر منهـا الحالة التي استطاع فيـهـا شـخص فـتح حسـاب لدى مـصـرف معين تحت اسم وهمي، ثم قدم إلى هذا المصرف أمراً بالنقل المصرفي مذيل بتوقيع مزور لشخص له رصيد من حساب مفتوح لدى مصرف آخر، مطالباً المصرف الأول بتحصيل القيمة وقيدها في حسابه المفتوح بالاسم الوهمي. وبعد أن تم التحويل، باشر بسحبه واختفى، الأمر الذي أدى إلى تحريك دعوى المسؤولية أيضاً على المصرف لفتح حساب لمشبوه[2] .

---

(١) راجع : E . Geongades : " La pértendue sécurite en France de cheque barré et la résponsabilité des banquiers " . Rev . Trin . dr . com , 1956 . P . 607 .
ثم انظر القرارات التي يذكرها بهذا الصدد .

(٢) Cass . 28 Janv . 1930 : Gaz . Pal . 1930 . 550 ; 1 . 306 .
انظر أيضاً بنفس الاتجاه .
Cass . 5mai . 1948 . Sem . Jur . 1949 . 2 . 4716 . note H . cabrillac .
Paris 29 avril 1964 : J . C . P . 1964 . II . 13877 Note C . Gavalda .
Trib . gr . ins . Paris 4 Jany . 1968 : J . C . P . 1968 . II 15572 . note C . Gavalda .
انظر أيضـاً : د. علي جـمـال الدين عـوض : عـمليـات البنوك من الوجـهـة القـانونيـة/ ط/ ١٩٨٩، بند ١٧٦، ص ٢٢٠ . سلمان بو ذياب : النقل المصرفي، ط/ ١٩٨٥، ص ١٢٢ وما بعدها .

ولتفادي هذه المخاطر وما يترتب عليها من مسؤوليات، تلجأ المصارف إلى التحوط بعدم فتح الحساب إلا بعد التثبت من الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب فضلاً عن التأكد من أهليته القانونية، وذلك من خلال ممارسة رقابة خاصة على جملة تفصيلات تتعلق بشخصيته بغية تحاشي فتح الحساب لذوي الشبهات أو المشكوك فيهم. وبديهي أن رقابة المصرف على الأهلية القانونية لطالب فتح الحساب أمر تقتضيه القواعد العامة في العقود بموجب نصوص تشريعية صريحة، في حين أن رقابة الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب لم تعالجها كثير من التشريعات ومنها التشريع العراقي وجميع التشريعات العربية، الأمر الذي يثير التساؤل عن الأساس القانوني لهذه الرقابة من جهة، ونطاقها القانوني من جهة أخرى. وتلك تساؤلات نالت حظاً وافراً من النقاش على صعيد القضاء والفقه في فرنسا قبل صدور تشريع خاص في ٣/ ١٠/ ١٩٧٥ تضمن نصاً صريحاً يقضي بالتزام المصرف، قبل فتح الحساب، بالتثبت من بعض الجوانب المتعلقة بشخص طالب فتح الحساب. لذا، سنستعين في هذا البحث بأحكام القانون الفرنسي لدراسة رقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب، سيما أن القانون العراقي، وغالب التشريعات العربية، استوحت أحكامها عن القانون الفرنسي، وخاصة في ميدان العمليات المصرفية. وبالتالي، ستتم هذه الدراسة في فصلين يخصص أولهما لتناول الأساس القانوني لهذه الرقابة بينما يكرس الفصل الثاني لدراسة النطاق القانوني لها.

# الفصل الأول
## الأساس القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب

إن الأساس القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب قد حظي بمعالجة خاصة ظهرت بمناسبة الغرض الجوهري من هذه الرقابة ألا وهو خيار المصرف برفض بعض طلبات فتح الحساب المقدمة إليه. ففي الوقت الذي كانت ولا زالت المصارف تحرص على ممارسة الرقابة على الطلبات المقدمة إليها، وترفض أحياناً البعض منها لأسباب عدم الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب، يلاحظ أن دعوات ظهرت في التطبيق تنكر على المصرف هذا الخيار تأسيساً على أفكار أهمها: -

إن المصارف عبارة عن مؤسسات عامة أو تقوم بخدمة عامة، الأمر الذي يمنع غلق أبوابها في مواجهة من يطلب منها الخدمات. كما أن المصارف من جهة أخرى، تعتبر، من خلال عروضها الإعلامية، في حالة إيجاب دائم في مواجهة طلبات فتح الحساب التي تعد قبولاً لإيجاب قائم بحيث يصبح المصرف ملزماً بترتيب آثار هذا الاقتران للقبول بالإيجاب دون أن يكون له التعذر مثلاً بمحدودية الإمكانيات لصعوبة تصور عجز شعبة الحسابات عن تتبع فتح الحسابات الجديدة. ولا مجال للتشكيك مسبقاً بالطلب المقدم لفتح الحساب واعتباره غير اعتيادي لتبرير ممارسة المصرف الرقابة عليه، بل العكس هو الصحيح لأن في هذا الأخير ما ينسجم مع تيسير ظاهرة التداول القيدي للنقود التي تحرص التشريعات على دعمها وتشجيعها، فالمشرع يقضي في

بعض الأحوال بلزوم فتح الحساب لدى المصارف، كما أجاز المشرع للدائن، في المسائل التجارية، إجبار المدين على التسديد بموجب الصكوك[1].

من جانب آخر، يلاحظ أن القانون الفرنسي يشبه رفض التاجر للطلبات التي يتقدم بها الزبائن (متى كانت هذه الطلبات " اعتيادية " وكانت قد قدمت بحسن نية)، بممارسة الأسعار غير المشروعة المعاقب عليها[2]. كما أن القانون العراقي يعاقب كل " من قام بفعل يؤثر على السلعة أو الخدمات أو الأموال فيزيد من أسعارها أو ينقص من عرضها أو يؤدي إلى تجميعها أو حجبها عن الجمهور على وجه يتعارض وسياسة الدولة الاقتصادية "[3].

تلك هي الأسباب التي ذكرت لاستبعاد خيار المصرف برفض الطلبات المقدمة إليه[4]، وبالتالي منع المصرف من ممارسة الرقابة بمناسبة هذه الطلبات. ولكن عند الفحص والتأمل، يلاحظ أن الأسباب المذكورة لا تقوى على الصمود، بل بالعكس، هناك أسانيد قوية تبرر رقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب، وتلزمه بممارستها نظراً للتوصيف القانوني لهذه الرقابة، كما سيأتي برهانه على التفصيل اللاحق في مبحثين يخصص الأول منها لتناول المبررات القانونية لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب بينما يخصص المبحث الثاني

---

(١) لاحظ المادة (١٧٩) من قانون التجارة العراقي.

(٢) أنظر نص المادة (٣٧) من الأمر الصادر في ٣٠/ ٦/ ١٩٤٥ المعدل بالمرسوم الصادر في ٩/ ٨/ ١٩٥٣ و ٢٤/ ٦/ ١٩٥٨.

(٣) راجع الفقرة (١٢) من المادة (١٠) من قانون تنظيم التجارة العراقي رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠.

(٤) راجع: C. Gavalda : " Les refus du banquier " article in J. C. P. 1962. I. 1727.

لتناول مدى التزام المصرف بهذه الرقابة .

## المبحث الأول
## المبررات القانونية لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب

إن مناقشة المفاهيم التي استند إليها لاستبعاد ممارسة المصرف الرقابة قبل فتح الحساب ، تظهر بوضوح هشاشة هذه المفاهيم كما تكشف في الوقت نفسه عن المبررات القانونية لهذه الرقابة المصرفية .

فبادئ ذي بدء ، يلاحظ أن نفي خيار المصرف برفض بعض طلبات فتح الحساب بذريعة اعتبار المصرف مؤسسة تقوم بخدمة عامة حجة مرفوضة من وجوه عديدة وذلك لأن فكرة " الخدمة العامة " كما يقول " (Rodière et Rives -Lange) ليست من الوضوح الكافي بحيث تؤدي إلى إنكار حق البنوك بانتفاء عملائها "[1] ، ولأن هذه الحجة ، كما يشير (Vasseur et Marin)[2] ، لا تتعلق أبداً بالمصارف غير المملوكة للدولة ، لا بل حتى بالنسبة للمصارف المملوكة للدولة ، فإن الاحتجاج المذكور يبقى بعيداً عن الإقناع لأن القانون يقضي بنص صريح ببقاء المؤسسات العامة خاضعة إلى الأحكام التشريعية التجارية[3] ، الأمر الذي يمنع التمييز في هذا المجال بين

(١) Rodière et J.L.Rives - Lange:op.cit.n.92.p.97

(٢) Vasseur et X .Marin: "Les comptes en banque" in Banque et operations de banque "de J. Hamel éd . Sirey 1966 . n. 5 p. 33-34 .

(٣) لاحظ نص المادة (١٠) من قانون التجارة العراقي - وكذلك المادة (١٠) من التشريع الفرنسي الصادر في ٢/ ١٢/ ١٩٤٥ .

المصارف الخاصة والمصارف العامة في ممارسة التصرفات القانونية التجارية، ومنها حالة فتح الحساب المصرفي.

من جانب آخر، إن التذرع باعتبار العروض الإعلامية للمصارف "إيجاباً دائماً" للتعاقد فكرة هي الأخرى لا يمكن التسليم بها أيضاً، لأن الإيجاب هو التعبير البات والنهائي عن الإرادة المتضمن على العناصر الكافية للتعاقد[1]، في حين أن " العروض الإعلامية المصرفية " بعيدة جداً عن هذا المفهوم، لأنها في الغالب عبارة عن ملصقات جدارية أو إعلانات صحفية أو تلفزيونية أو ما شابه ذلك تتضمن دعوة عامة للجمهور بالتوجه إلى المصارف للتعاقد، ومعلوم بأن العرض الموجه إلى الجمهور كما يقول أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم[2]، " يتضمن تحفظاً ضمنياً يجعله بعيداً عن الإيجاب البات، ويكون مجرد دعوة إلى التعاقد "، كما لا يعد إيجاباً باتاً قيام المصرف بطبع استمارات تتضمن فراغات ينبغي أن يملؤها طالب فتح الحساب لتكتمل الصيغ والجمل التعبيرية الواردة فيها، فهذه الاستمارات لا تعد إيجاباً من المصرف لأنها لا تتضمن أبداً تعبيراً مفيداً وكاملاً عن إرادة المصرف، وهي بالتالي عروض لا

---

(١) راجع: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري: النظرية العامة للالتزامات ج/ ١/ نظرية العقد، ط١٩٣٤، ص٢٣٨ - ف٢٣٢.
كذلك: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام، ج١/ ط١٩٥٢، ص٢٠٦، ف١٠٠ - ١٠٢، أستاذنا الدكتور عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد ج١/ ط١٩٦٧، ص١٢٤، البند ١٥٠ - ١٥٥، كذلك الموجز في شرح القانون المدني، ج١/ مصادر الالتزام/ ط١٩٧٤، ص٦٩، البنود ١٦٩ - ١٢٢. كذلك: د. فائق الشماع: " أساسيات قانونية في التفاوض والتعاقد التجاري، طبع رونيو/ مركز التدريب التجاري/ وزارة التجارة؟ ١٩٩١، ص١-٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم: الوسيط في نظرية العقد، المرجع المذكور آنفاً، بند ١٥٥، ص ١٣٦ - ١٣٧.

تتضمن مطلقاً العناصر الكافية للتعاقد، ولا يرد على هذا من خلال إعلان " الشروط المصرفية " المطبوعة عادة على ظهر استمارة المعاملات المصرفية بزعم أن هذه الشروط تتضمن العناصر الكافية للتعاقد، وذلك لأن القانون يقضي باعتبار كل بيان متعلق بعروض أو طلبات في حالة الشك دعوة للتفاوض، وليس إيجاباً، وكيف يمكن استبعاد تشكيك المصرف باعتبار عروضه إيجاباً والأمر يتعلق بفتح الحساب المصرفي الذي لا يعد مجرد خدمة عادية عابرة يقوم بها المصرف، بل هو عبارة عن تصرف إرادي ذي طبيعة قانونية متميزة.

إن " فتح الحساب المصرفي " لا يقوم في الحقيقة على إعداد جدول محاسبي للموازنة فقط، وإنما هو أكثر من ذلك بكثير إذا ما لاحظنا المفهوم القانوني للحساب المصرفي من حيث الماهية والخصائص.

فمن حيث الماهية القانونية، فإن الحساب المصرفي عبارة عن تصرف يتمثل في كونه " اتفاقاً "، لا بل إن بعض الفقهاء أشار إلى وجود أكثر من اتفاق واحد بهذا الشأن[1]، حيث يلاحظ أن الحساب المصرفي يقوم أصلاً على " اتفاق "، كما يقترن أحياناً باتفاقات أخرى تتعلق بالفوائد والتأمينات الضامنة للديون المقيدة في الحساب، فضلاً عن اتفاق بشأن سحب الصكوك (الشيكات) أو إصدار أوامر النقل المصرفي (التحويل الحسابي)، وهذه الطبيعة الاتفاقية لفتح الحساب المصرفي تقتضي كقاعدة عامة أن تتوافر لكل طرف الحرية في اختيار غريمه المتعاقد، ما لم يوجد نص يقضي

---

(١) انظر: د. فائق الشماع: " التصنيف النوعي للحسابات المصرفية "، المرجع المذكور أنفاً، ص ١٣٤- ١٣٥ . ثم راجع المصادر المذكورة بشأن القانون المقارن.

بخلاف ذلك استثناء، ومعلوم بأن الاستثناء لا يصلح أن يكون معياراً أو مقياساً لحكم يطبق على عموم الأحوال، بمعنى أنه لا يجوز التمسك بالحالة الإلزامية لفتح الحساب، إن وجدت، كعذر لنفي رقابة المصرف على عموم طلبات فتح الحساب.

أما من حيث الخصائص القانونية، فالحساب المصرفي عبارة عن تصرف عقدي قائم على الاعتبار الشخصي[1]، (intuitus personae) حيث تكون لشخصية طرف الحساب دور أساسي في انعقاد العقد، ومعلوم، كما يشير إلى ذلك المرحوم العلامة السنهوري، بأنه " إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد "[2]، وعليه، يكون مبرراً حرص المصرف على ممارسة الرقابة على شخص طالب فتح الحساب لتفادي التورط بما يمكن أن يرتب له مخاطر من وجوه عديدة:

---

(١) لاحظ المادة (٢٣٠) من قانون التجارة العراقي بالنسبة للحساب الجاري - ثم انظر المراجع التالية بشأن عموم الحسابات المصرفية.
Escarra: Principes de droit commerecial" t.VI n.320 .
Ferronnier et de Chilaz: Les operations de banque.éd. 1976.n.5 p.13-14.
Rodière et Rives - Lange : op . cit. n .92 p.97 .
Vasseur et Marin:Les comptes en banque" op. Cit.n.5.p. 34 .
انظر أيضاً: د. محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، ج١/ ط ٦٨ - ١٩٦٩، ص٤٠٦، بند ٥٠٦ - د. مراد منير فهيم، القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك) ص ١٨٠، بند ١٦٤ - لاحظ أيضاً بالنسبة للحسابات الجارية: د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع المذكور، ص٢٧٦، بند٢٢٠ - د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري/ ط١٩٧٠، ص ٣٨٢، بند ٣٧٤ - د. الياس ناصيف: الحساب الجاري في القانون المقارن، ط١٩٩٢، ص ٢٣ - ٢٥.

(٢) السنهوري: الوسيط/ مصادر الالتزام - المرجع المشار إليه، بند ١٠٠، ص ٢٠٦.

فابتداءً، يلاحظ أن الارتباط بالحساب المصرفي لا يخلو من جانب " معنوي " يتباهى به غالباً صاحب الحساب في تعامله مع الغير، حتى أن البعض يتعمد الإعلان عن هذا الحساب من خلال الإشارة إليه في وثائقه التجارية للدلالة على حسن سمعته وتعامله[١]، الأمر الذي يبرر إصرار المصرف على انتقاء عملائه كي لا يتعرض هؤلاء إلى مضايقات اللقاء، في حضرة المصرف ولدى شبابيكه، بأشخاص مشكوك بأمانتهم وسمعتهم، وذلك حرصاً من المصرف على المحافظة على سمعته ورقي مرتبته[٢]، لأن هذه الأخيرة تقاس على قدر أمانة عملائه[٣] .

من جانب آخر، يلاحظ أن فتح الحساب المصرفي يرتب لصاحب الحساب جملة مزايا منها الحق في مطالبة المصرف بخدمات الصندوق، إذ لا يتحدد الحساب المصرفي بمجرد إيداعات وسحوبات تقوم بين طرفيه، لأن المصرف ليس مجرد مؤسسة توفير يقتصر دوره على المحافظة على النقود وردها مع فائدة معينة فحسب، بل للمصرف دور آخر في التعامل من خلال الحساب بحيث يفترض في حالة فتح الحساب أن يقوم المصرف بخدمة " محفظة صاحب الحساب " وخاصة تسديد صكوكه وتنفيذ أوامر النقل المصرفي التي يصدرها، وهي خدمات ينتظرها صاحب الحساب لقاء إيداعاته في حساب لا يستوفي عنه سوى فائدة ضئيلة أو غالباً بدون

(١) J.Hamel:" Le droit du banquier de refuser ?ouverture ?un compte " .in Revue Banque.1959 P.6-Vasseur et Marin.op.Cit.n.5.p.34

(٢) J.Stoufflet: note sous Paris 18déc.1966.n.J.C.P.1966.II.14704.

(٣) د. السيد محمد محمد اليماني : المرجع المذكور، ص ٢٣٢ .

فائدة[1] .

ويعد الحصول على دفتر للصكوك من أولى الخدمات التي ينتظرها صاحب الحساب، وإن كان إعطاء هذا الدفتر لا يخلو من مخاطر بالنسبة للمصرف: فسحب الصكوك بدون رصيد يرتب في بعض الأحيان مسؤولية المصرف بسبب فتح الحساب لساحب غير أمين استغل الحساب دون رقابة كافية من البنك[2]، وفي كل الأحوال،

---

(١) J.Hamel :"Le droit du banquier..." article précite'.

ثم لاحظ تفصيلاً أكثر للمراجع بشأن حق العميل في الحصول على خدمات مصرفية من خلال حسابه المفتوح: د. فائق الشماع، النقل المصرفي - المبحث المشار إليه آنفاً.

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى إحدى القضايا المشهورة في فرنسا باسم (affaire ?arquebusier) والتي تتلخص وقائعها في أن تجار أسلحة رفعوا دعوى المسؤولية ضد بنك لأنه فتح حساباً دون رقابة كافية لنصاب مشهور خرج حديثاً من السجن، مما سمح له بشراء أسلحة منهم مقابل صكوك (شيكات) بدون رصيد، وعليه، حكم بمسؤولية المصرف ابتداء (لاحظ حكم محكمة السين) وجدير بالإشارة أن هذا الحكم البدائي لم يحظ بالتأييد من الاستئناف، لاحظ:

-Paris 18 dec. 1966:J.C.P. 1966.II.14704 note stoufflet ,Rev.trim.dr.com.1966.P.95 obs.Becque' et cabrillac .

ولكن قررت محكمة النقض إلغاء قرار الاستئناف. لاحظ:

- Cass.Com.17 Janv.1968:J.C.P.1969 II 15839 note stoufflet ; Banque 1968 P.544 obs.Marin; Rev.trin.dr.com.1968.P.740 obs Becque'et cabrillac .

لاحظ أيضاً باتجاه تقرير مسؤولية المصرف.

-Trib.Com.charter 5 août 1952: Banque 1955.P.777 obs.X. Marin, Rev.trim.dr.com.1953 obs.Becqué et Cabrillac P. 157 .

-Paris 21Janv.1956:Banque 1956,P. 251.obs.N.Marin, Rev.trim.dr.com.1957.P.417 obs.Becué et Cabrillac.

هذا وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التشريع الفرنسي الحالي يقرر صراحة المسؤولية المحدودة للمصرف المسحوب عليه الشيك، بغض النظر عن انعدام الرصيد أو انقضائه، متى كان هذا الشيك من الدفتر الذي سلمه المصرف إلى الساحب. لاحظ المواد (٧٣/ ٧٤) من المرسوم الصادر في ٣/ ٧/ ١٩٣٥ المعدل في ٣/ ١/ ١٩٧٥ .

سحب صك بدون رصيد يمثل عبء ثقيلاً على المصرف حيث يتعين على هذا الأخير تهيئة كادر متخصص ودقيق لتجنب صرف الصكوك المشكوك في صحتها، ويكون من الأفضل إتاحة المجال للمصرف لممارسة الرقابة إبتداء وعند النظر في فتح الحساب لتفادي التعامل مع الأشخاص المشكوك بهم بدلاً من اضطرار المصرف لمعالجة تصرفاتهم المشبوهة لاحقاً، وذلك تأسيساً على مبدأ الوقاية خير من العلاج، ولهذه الفكرة أهمية خاصة إذا لاحظنا ما جرت عليه المصارف من تشريف صكوك عملائها من خلال " اعتماد السحب على المكشوف " ويقيناً أن هذا التطبيق لا يمكن تشجيعه ولا حتى تبريره ما لم يعترف للمصرف بحق انتقاء عملائه المشرفين[١] .

يضاف إلى هذا، أن فتح الحساب يكسب صاحب الحساب صفة " عميل " المصرف، ومثل هذه الصفة لا تخلو بدورها من المخاطر بالنسبة للمصرف في مواجهة الغير[٢]، فكثيراً ما شدد القضاء الفرنسي على مسؤولية المصرف عن تزوير الصكوك المسطرة التي أودعت في حساب " العميل " برغم أن المصرف كان بعيداً عن عمليات التزوير التي كانت سبباً لحصول هذا " المودع " على الصك المسطر[٣]. كما شدد

---

(١) J.Hamel:" Le droit du banquier..." article précité .

(٢) - E.Georgiades:" La prétendus sécurité en France du chéque barré.." article precité
لاحظ بوجه خاص القرارات التي يشير إليها هذا البحث .

(٣) - Trib.Seine 8 juin 1960 P.312; confirm par Paris 25 mai 1963:Banque 1963 P.485 obs.X.Marin; approuve par Cass.25 arril 1967: J.C.P.1967.II.153006 (1er.espece) note C.Gavalda .
-Trib.Seine 16 mai 1956: Gaz.Pal.1956.2.327; confirm; par Paris 12 mai 1958: Gaz.Pal.1958.2.203; - J.C.P.1958.II.10711 note H.Cabrillac; Rev. Trim.com.1958 obs.Becqué et Cabrillac; Banque 1962 P.341 obs.X.Marin; D.1958. P.590 note E.Georgiades .

القضاء الفرنسي على مسؤولية المصرف عن استخدام الحساب المصرفي وسيلة لتحصيل قيمة أمر مزور عن طريق النقل المصرفي، كما أسلفنا[1].

لهذا يحرص المصرف على ممارسة الرقابة على كل طلب لفتح الحساب يقدم إليه ليتأكد من جملة صفات ومستلزمات تتعلق بالاعتبار الشخصي يجب توافرها في صاحب الطلب، وينبغي أن لا تفهم هذه الممارسة بمعنى التشكيك في الصفة "الاعتيادية " لطالب فتح الحساب، بل هي للكشف عن وجود هذه الصفة وتثبت المصرف منها، ولا يجوز لنفي هذه الرقابة التذرع بأنها تعطل " التداول القيدي للنقود" ، لأن تشجيع هذا التداول لا يتحقق إلا بتوافر مستلزمات " الثقة " بين المتعاملين، لا بالتغاضي عنها وإتاحة المجال لسيء النية للتوغل فيها كمن يترك الأدغال تنمو في وسط جنينة خضراء باسقة. إن رقابة المصرف السابقة على فتح الحساب تؤدي إلى قطع السبل أمام سيء النية للوصول إلى الوسط المصرفي، وفي ذلك تعزيز للتداول القيدي للنقود كما فيه تعزيز للمستلزمات التي قصد المشرع توافرها في الأحوال التي اشترط فيها فتح الحساب المصرفي.

وأخيراً، لا مجال للركون إلى التشريعات الجزائية لنفي رقابة المصرف قبل فتح الحساب وذلك للأسباب التالية:

بالنسبة للقانون الفرنسي تستند رقابة المصرف حالياً إلى نص تشريعي خاص، ولكن حتى في زمن سابق على هذا النص، فقد لوحظ أن التشريعات الجزائية التي

(١) Cass.28 Fevr. 1930 : Gaz. Pal. 1930.1.550; S.1930.1.206-à rapprocher: Paris 29 avril 1964: J.C.P. 1946. II. 13877 note C.Gavalda.

يستند إليها خصوم رقابة المصرف تتعلق بـ " الأسعار " فقط كما تشير إلى ذلك تسميتها التشريعية ( Loi relative aux prix )، وبالتالي ينحصر سريان التشريعات الجزائية المذكورة على التصرفات ذات العلاقة برفع الأسعار وليس منها رقابة المصرف بمناسبة فتح الحساب[1]، لهذا، استبعد القضاء الفرنسي تطبيق التشريع المذكورعلى حالات رفض فيها المصرف طلب فتح الحساب، وذلك في أكثر من قرار وعلى مستويات قضائية مختلفة[2].

أما بالنسبة للقانون العراقي، فيلاحظ أن تطبيق نص قانون تنظيم التجارة المشار إليه آنفاً يقتضي ممارسة الفعل على " وجه يتعارض وسياسة الدولة الاقتصادية " وأن يكون ذلك " بسوء نية " لأن إيقاع العقاب يقتضي اجتماع الركنين المادي والمعنوي معاً. وعند التأمل بممارسة المصرف للرقابة قبل فتح الحساب، يلاحظ أن الهدف من ممارسة هذه الرقابة هو توفير حالة " النظام " و " الثقة " في التعامل المصرفي وتهيئة المناخ الملائم لذلك، وليس في هذا ما يتعارض مع سياسة الدولة الاقتصادية إلا في حالة التعسف وقصد الإضرار حيث يعد تصرف المصرف فعلاً مخالفاً للقانون، إذا باستثناء هذه الحالة الأخيرة، تبقى رقابة المصرف قبل فتح الحساب تصرفاً مشروعاً، وبهذا، لا تجد رقابة المصرف المذكورة من معارضة قانونية لا في القواعد الجزائية ولا في القواعد الحقوقية، بل على العكس فالملاحظات المذكورة آنفاً كشفت لنا عن المبررات القانونية لممارسة المصرف لهذه الرقابة، وهي في الخلاصة، مبررات تستمد

(١) - J.Hamel:" droit du banquier..." article précité.

(٢) - Bordeaux 11 juin.1960 (motifs): J.C.P.1960.II.11723 et sur pourvoi Cass. Crim. 13 juill.1961(arrêt Biscuits olibet): D.1961.525 - Paris 7 févr. 1961 (motifs):D.1961.175 (concl.av.gén.Robin).

من القواعد العامة للقانون فضلاً عن الطبيعة الذاتية لعملية فتح الحساب المصرفي، بقي أن نتعرف على التكييف القانوني لهذه الرقابة .

## المبحث الثاني
## مدى التزام المصرف بمباشرة الرقابة على الجدارة الشخصية لطالب الحساب

تكمن أهمية التكييف القانوني لرقابة المصرف قبل فتح الحساب في تحديد مسؤولية المصرف عن الضرر الذي يلحق بالغير في حالة إهمال المصرف كلياً أو جزئياً ممارسة هذه الرقابة، فإذا كان المصرف مخيراً في ممارسة هذه الرقابة بحيث يجوز له إهمالها، فلا مسوغ للحكم عليه بالمسؤولية عن أي ضرر يصيب الغير نتيجة هذا الإهمال، وبالعكس إذا كانت هذه الرقابة واجباً مفروضاً على المصرف، لزم الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الناجم من إهمال هذه الرقابة، ولكن، للوصول إلى هذا الحكم الأخير، لا بد من تحديد مصدر لزوم ممارسة هذه الرقابة .

وبهذا الصدد، يلاحظ تطور ابتدأ باعتبار الرقابة خياراً متروكاً للمصرف، وانتهى باعتباره واجباً يثقل كاهله، وقد برز هذا التطور بمناسبة التساؤل المشار إليه في خيار المصرف برفض بعض الطلبات المقدمة إليه لفتح الحساب .

فابتداء، ذهب الاتجاه إلى وصف هذا الخيار بأنه ممارسة مشروعة تقضي بها القواعد الأساسية في القانون والمعروفة بمبدأ " حرية التعامل التجاري "، وهو المبدأ

الذي كرسه المشرع الفرنسي بتشريع خاص يتعلق " بحرية التجارة والصناعة "[1]، كما حرص القضاء الفرنسي على مراعاته[2]، لهذا، درجت أشهر كتب الفقه المصرفي على التأكيد على " حرية المصرف في اختيار زبائنه "[3].

وقد حظي هذا التوصيف بتطور لاحق في الخمسينات وذلك من خلال تحديد الطبيعة القانونية لخيار المصرف برفض بعض الطلبات، حيث ذهب الاتجاه إلى وصفه بأنه " حق " للمصرف يستند إلى القواعد العامة في القانون وإلى الطبيعة الذاتية لهذه العملية المصرفية، وقد تبلور هذا الاتجاه بشكل دقيق من خلال استشارة قانونية قدمها العميد(Joseph Hamel) بعنوان " حق المصرفي برفض فتح الحساب "[4]، ثم صدرت بعد ذلك قرارات قضائية كرست نفس الوصف[5]، مثل قرار محكمة السين التجارية الذي تضمن الإشارة إلى عدم وجود سبب ينكر على البنك حق انتقاء زبائنه[6].

(١) لاحظ التشريع الفرنسي الصادر في ٢-١٧/ ٣/ ١٧٩١.

(٢) Cass.crim.11Janv. 1889:D.1889.1. 222 .
حيث قضت المحكمة بأن الرفض الصادر من خباز لمنح أحد الأشخاص دخول المخبز، لأسباب تعود إلى اللياقة الشخصية " يشكل ممارسة مشروعة لحق يكرسه التشريع الصادر في ٢-١٧/ مارس/ ١٧٩١، لمصلحة الخباز شأنه في ذلك شأن كل تاجر.

(٣) J.Hamel:" Banque et Operations de, banque"t.1.n.210.
Escarra:" Principe de Droit commercial" t.IV.Op.Cit.n.320.
Vasseur et Marin: " Les comptes..." Cp.Cit.n.5p. 33 .
Hamel, Jau Lret,et Lagard:Traite de droit commercial".t.II.n.1616 p.

(٤) - J.Hamel:" droit du banquier de refuser ?ouverture ?un compte" article precité .

(٥) Trip.Com.Seine 24 Juill.1958(motifs): Gaz.Pal. 1958.2.347.

(٦) Trib.Com.Seine 27 Juin 1960:Journ.Agrees 1961.P.48obs.I.D.;Banque 1960 P. 535.X.Marin; Rev.trim. dr.com.1960.P. 864. :Cass.com.28 Nov.1960(sol.impL) Bull.Cass.1960 . III . p.348; Banque.1962.p. 269 obs.X.Marin; Recueil Général des Lois 1962.Jour.83.obs.M.Vasseur; Paris 25 1963 (motifs):Banque 1963 P. 485-Trib.com.seine Llmai 1964 éd C.I.75009 note J.C.P.DOLL. =

بيد أن التطور لم يقف عند هذا الوصف، بل ظهر فيما بعد تغيير جوهري في التوصيف من " حق للمصرف " إلى " التزام " عليه في ممارسة الرقابة قبل فتح الحساب، وقد برز ذلك بشكل خاص من خلال الأحكام القضائية التي قررت مسؤولية المصرف في مواجهة الغير عن الضرر اللاحق بهذا الأخير نتيجة إهمال المصرف ممارسة الرقابة قبل فتح الحساب، وأخيراً تأكد هذا الاتجاه بالقانون الذي صدر في فرنسا عام ١٩٧٥ الذي اعتبر هذه الرقابة واجباً يثقل كاهل المصرف[١] .

ولكن، في غياب مثل هذا النص في العراق، يثور السؤال، كما ثار سابقاً في فرنسا، بصدد تحديد مصدر التزام المصرف ممارسة الرقابة على طالب فتح الحساب .

وفي هذا المجال، ذهب الاتجاه ابتداء إلى اعتبار الالتزام المذكور ناشئاً عن قواعد قانون المصرف، وبالذات القواعد المتعلقة بالصك (الشيك) المسطر[٢]، لأن المشرع حصر جواز صرف هذا الصك إلى أشخاص محددين منهم " عميل " المصرف[٣]، وحيث أن المقصود بلفظ " عميل " . . . كل شخص له حساب عند المسحوب عليه وحصل منه على دفتر صكوك (شيكات) أو كان من حقه الحصول على هذا الدفتر[٤]، لذا لا يجوز للمصرف أن يقوم بفتح الحساب لشخص معين ما لم يباشر

---

= لاحظ أيضاً بشأن حق المصرف برفض التعامل:
Trib.com.seine.7 Jaunv.1955: Banque 1955 P.111 obs.X.Marin.

(١) لاحظ المادة (٣٠) من التشريع الفرنسي الصادر في ٣/ ١٠/ ١٩٧٥ .

(٢) J.Hamel:" Le droit du banquier..." article précité.

(٣) لاحظ المادة (١٦٧) من قانون التجارة العراقي المقابلة للمادة (٣٨) من قانون الشيك الفرنسي.

(٤) Vassenr et Marin:" Les comptes..." op.cit.n.6p.37.
Gavalda et stoufflet: Droit de banque" coll.Thémis éd 1974 n.283 P. 337.

ابتداء ممارسة رقابة تتيح له معرفة شخصية طالب فتح الحساب . . وبهذا تكون ممارسة الرقابة الكافية على طالب فتح الحساب التزاماً مترتباً في ذمة المصرف بحكم القانون، بحيث يتحمل المصرف مسؤولية الضرر الناشئ عن الإخلال بهذه الرقابة .

ولكن، لوحظ بحق أن هذا التحليل لا يصلح لتأصيل التزام المصرف بممارسة الرقابة المذكورة قبل فتح الحساب، لأن نص القانون المشار إليه يعالج بوجه خاص مسألة أداء قيمة الصك المسطر وليس مسألة " فتح الحساب المصرفي " ، ومن جهة أخرى، لوحظ بحق أن الركون إلى النص التشريعي المذكور لا يكفي لتأسيس مسؤولية المصرف عن جميع حالات فتح الحساب المصرفي، لأن النص المذكور يتعلق بحالة واحدة فقط، وهي تلك الحالة التي يستغل فيها وجود الحساب المصرفي لتحصيل قيمة الصك المسطر، أما الحالات الأخرى التي يمكن فيها إساءة استعمال الحساب المصرفي (كسحب الصك بدون رصيد، أو تقديم أمر بالنقل المصرفي المزور) فهي غير مشمولة بالنص المذكور[1] .

لهذا، يقتضي البحث عن تأصيل آخر يتسع ليشمل تأسيس مسؤولية المصرف في مواجهة الغير عن جميع حالات فتح الحساب المصرفي .

وفي غياب النص التشريعي الخاص، فالتأصيل الشامل يبدو كامناً في القواعد العامة للقانون، حيث أن ثمة قاعدة قانونية عامة تقضي بلزوم التصرف بيقظة وحيطة كافية لمنع تضرر الغير، فكل فعل غير حذر يعد تعدياً يوجب مسؤولية محدثه عن

(١) د. السيد محمد محمد اليماني: " مسؤولية البنك " المرجع المشار إليه، ص٢٣٧ .

الضرر الذي يصيب الغير[1]، وبديهي أن يخضع المصرف لهذه القاعدة حيث لا يوجد مبرر لتحصين المصرف من هذا الواجب العام بالحيطة والذي يفرضه القانون على كل أشخاصه[2]، الأمر الذي يقتضي من المصرف حين فتح الحساب أن يباشر رقابة كافية على شخص طالب فتح الحساب لكي يتفادى إتاحة الفرصة لمن يعمل على إساءة استعمال الحساب إضراراً بالغير، فقد أصبح الحساب المصرفي في مجتمعنا المعاصر، كما يقول ( H . CABRILLAC) أداة خطيرة في سوق المال متى تم فتحه دون تحوط كاف من جانب المصرف[3]، حيث تتهيأ مناسبة لسيء النية يمكن استغلالها كوسيلة لنهب أموال الغير، لهذا يتعين على المصرف ألا يفتح الحساب لأي شخص يطلب ذلك، وإنما يخضع هذا الطلب لبعض إجراءات رقابية لتفادي التعامل مع النصابين ومحترفي التزوير[4]، وإلا صار المصرف كما يشير ( M.VASSEUR et X.MARIN) مسؤولاً عن الإهمال بالواجب الذي يفرضه القانون (Obligation de Prudence et clairvoyance) باتخاذ الحيطة والحذر، كي لا يكون سلوكه بالنسبة للغير مصدراً للضرر الذي كان بإمكان المصرف تجاوزه[5]، فرقابة المصرف، على حد تعبير (C.GAVALDA et STOUFFLET) ترتبط بالواجب المفروض على الكافة بالتزام الحرص (devoir général de prudence) لتفادي الإضرار بالغير، وهو

---

(١) لاحظ المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) راجع: X.Marin:observation in Banque 1971p. 1144.

(٣) H.Cabrillac:" Intoroduction au droit bancaire" .Op.Cit.P.49.

(٤) د. السيد محمد محمد اليماني: المقالة المشار إليها، ص٢٢٧.

(٥) Vasseur et marin:" Les comptes...Op.Cit.n.6.P39.

واجب له طابع التشدد على المصرف خاصة بسبب الدور الهام الذي يقوم به في الائتمان العام وخلق النقود وتداولها[1].

وهكذا، تكون القواعد العامة في القانون، وبالذات قواعد المسؤولية التقصيرية مصدر التزام المصرف بممارسة الرقابة على طالب فتح الحساب، بحيث أن إهمال هذه الممارسة يرتب مسؤولية المصرف عن الضرر المباشر الذي يلحق الغير نتيجة هذا الإهمال[2]، ولكن ما هو مدى هذا الالتزام؟ وبعبارة أخرى ما الأمور التي يجب على المصرف إخضاعها للرقابة قبل فتح الحساب؟ تلك مسألة تقتضي الإجابة عنها دراسة النطاق القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب.

## الفصل الثاني

## النطاق القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب

يخلو التشريع العراقي والتشريعات العربية الأخرى من معالجة النطاق القانوني لرقابة المصرف على الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب، على عكس ما عليه التشريع الفرنسي النافذ كما أسلفنا. وعموما، جرى التطبيق المصرفي على التحري والتثبت من بعض الأمور الخاصة المتعلقة بشخص طالب فتح الحساب، وذلك من

---

(١) - Gavalda et stoufflet :" droit de La banque"Op.Cit.n.283,P.357.
كذلك: د. علي جمال الدين عوض: المرجع المشار إليه بند ٢٢٦، ص ٢٨٤ - ٢٨٥.

(٢) د. الياس ناصيف: الحساب الجاري، المصدر المشار إليه، ص ٢٣.

خلال المعلومات الواردة في استمارة طلب فتح الحساب أو من خلال استقصاء المعلومات بواسطة الأغيار . ولعل أهم المعلومات التي يحرص المصرف على تدقيقها والتثبت من حقيقتها هي : الهوية الشخصية، والعنوان، والمهنة، والسمعة لطالب فتح الحساب. وسنحاول فيما يأتي توضيح بعض الجوانب القانونية لهذه الأمور.

**أولاً - الهوية الشخصية (Lidentité):**

تعد الهوية الشخصية، ومن خلالها جنسية طالب فتح الحساب من أولى المعلومات التي يسعى المصرف للتثبت منها، ولهذا الإجراء أكثر من تبرير كما أسلفنا. فالحساب المصرفي عبارة عن تصرف قانوني من شأنه إيجاد روابط قانونية مباشرة بين أطرافه (المصرف والعميل) الأمر الذي يجب أن يعطي لكل طرف الحق في التعرف بصورة جدية وتفصيلية على الشخص الذي يرتبط معه برباط التعامل. من جانب آخر، يخضع فتح الحساب المصرفي لقواعد خاصة حينما يكون طالب فتح الحساب شخصاً أجنبياً، الأمر الذي ينبغي معه فسح المجال للمصرف للتثبت من جنسية هذا الشخص. يضاف إلى ذلك، أن فتح الحساب المصرفي يتيح لطرف الحساب غالباً استعمال الحساب كوسيلة للتعامل وللتسوية مع الغير من خلال إصدار الشيكات (الصكوك) أو أوامر النقل المصرفي، وبالتالي، يكون مبرراً الإجراء الذي يتخذه المصرف في التثبت من هوية طالب فتح الحساب لتجنب التعامل مع شخص وهمي أو ذي اسم مستعار يكون في منأى عن أية مطالبة محتملة مستقبلاً، وقادراً على استعمال الحساب استعمالاً غير مشروع وبعيد عن تحمل المسؤولية، كما لو قام هذا

الشخص بسحب صك على الحساب المفتوح دون أن يكون لهذا الصك رصيد، أو قام بإصدار أمر بالنقل المصرفي دون أن يكون رصيد حسابه دائناً.

لهذه الاعتبارات، يعد التثبت من الهوية الشخصية لطالب فتح الحساب المصرفي إجراء مبرراً، حتى أن تعليمات مصرف الرافدين في العراق تعد هذا الإجراء من الشروط العامة لفتح الحساب(1)، لا بل أكثر من هذا، ففي فرنسا، وبموجب نص تشريعي صريح، يعد هذا الإجراء واجباً ينبغي على المصرف مراعاته قبل فتح الحساب(2).

**ولكن، ما الأسلوب الذي يجب اتباعه في هذا الشأن؟**

في العراق، تقضي تعليمات مصرف الرافدين بأن يكون طالب فتح الحساب من المعروفين لدى المصرف مباشرة أو بواسطة شخص معروف لدى المصرف أو يعرف نفسه بموجب هوية تعريف مقبولة (وهي بالنسبة للعراقيين: شهادة الجنسية العراقية،

---

(1) لاحظ تعليمات مصرف الرافدين بشأن حسابات التوفير والحساب المصرفي - راجع: نعمان زيني: دليل المعاملات المصرفية / رقم ١، ص٥، ورقم (٢١) ص١١.

(2) لاحظ المادة (٣٠) من المرسوم الصادر في ٣٠/ ١٠/ ١٩٧٥، ثم لاحظ إجماع القضاء والفقه على هذا الحكم قبل صدور التشريع المذكور.
Cass.com 7 Févr.1962:D.1962.J.306; J.C.P. 1962 .II. 12592; Rev.trim.dr.com.1962.P.499-Amiens 28 mars 1963: D.1963.J.477-Paris 18 dec.1965:J.C.P.1966.II.14704 note J.Stoufflet; Banque 1966 P.13 obs.Marin-Cass.com.17 Janv.1968: J.C.P.1969. II.15893 note J.Stoufflet Cass.com. 25 avril 1967 (2 arrets) : J.C.P. 1967.15306 note C.Gavalda - sur Renvoi Amiens ch.Reunies 24 févr. 1969.1969: J.C.P.1969.II.19124 note C.Gavalda - Cass.com. 26 mars 1973: Bull.civ.1973.IV.n.132 .

ثم لاحظ الفقرة
Vasseur et Marin:"Les comptes...." Op.cit.n.6.p.36 Gavalda et Stcufflet: op.cit.n.284 p.357 - 358 . Rodière et Rives - Lange: op.cit.n.93 p.98 J.Stoufflet : " Les comptes ?espéce... " article precité n.21-26

أو هوية الأحوال المدنية، أو هوية المتقاعدين، أو جواز السفر، وبالنسبة للأجانب: هوية شؤون المواطنين العرب أو جواز سفر نافذ المفعول)، هذا، وتضيف تعليمات فتح الحساب الجاري بوجوب تدقيق الهويات المذكورة والتأكد من أنها صادرة عن جهة مسؤولة ووجود تصوير للمراجع مثبت عليها بطريقة توضح الجهة المصدرة لها ووجود تواقيع المسؤولين عن تلك الجهة ومطابقة توقيع صاحب الهوية عليها -إن وجدت- مع توقيعه على المعاملة نفسها. وبهذا الصدد يجب تثبيت رقم الهوية وتاريخها ومصدرها.

وفي فرنسا، تتبع حالياً الإجراءات نفسها: فالتشريع يقضي بالتزام البنك بالتثبت، قبل فتح الحساب، من هوية ( identité) طالب فتح الحساب من خلال مستند رسمي يقوم البنك بتسجيل مصدره وتأشيراته، ويلاحظ بأن التشريع الحالي لا يستلزم احتواء المستند الرسمي صورة صاحبه، في حين كان القضاء، قبل هذا التشريع، يستلزم تقديم مستند صحيح ومقنع بشكل كاف (sincère et probant) صادر عن جهة مختصة وخال من كل إشارة تفيد التزوير أو التحريف كما يشترط أن يتضمن هذا المستند صورة صاحبه بأسلوب يمكن معه التثبت " جدياً " من شخصيته، علماً بأنه لا توجد قائمة حصرية بأنواع الهويات أو المستندات المقبولة، وإنما يكون للبنك أن يقبل أي مستند رسمي يحمل صورة وتوقيع صاحبه بأسلوب يتسم بالجدية والنظام[1]، ويجوز أن يتم تعريف طالب فتح الحساب من قبل شخص معروف لدى

(١) يلاحظ أن استعمال مصطلح " البنك " في هذا البحث جاء تمشياً مع صياغات القرارات الفرنسية، وهو مصطلح يرادف كلمة "المصرف " في القانون العراقي. راجع المادة الأولى من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ المعدل.

المصرف[1]، ولكن هذا لا يمنع من التزام البنك من التثبت من الهوية الشخصية لطالب فتح الحساب وإنما يكون للبنك أن يقلل من صرامة إجراءات تدقيقه للهوية الشخصية[2].

وفي كل الأحوال، فإن البنك يرتكب خطأ إذا اكتفى بهوية مشكوك في صحتها أو تظهر عليها إمارة التزوير (Apocryphe)[3].

فالمحاكم الفرنسية تبدو متشددة بهذا الصدد، فمثلاً قضي بأن الوثيقة التي لا تحمل صورة صاحبها ولا توقيعه لا يمكن أن تكون مقبولة[4]، كما قضي بأن شروط التثبت من الشخصية لا يمكن مراعاتها من خلال مستند تسريح من الخدمة العسكرية مقدم في سنة ١٩٤٣ بينما يحمل تاريخ إصداره في عام ١٩١٨[5]، وبنفس الاتجاه قضي بأنه لا يجوز للمصرف أن يكون متسامحاً لدرجة السذاجة فيقبل هوية صادرة عن الشرطة في ليون (Préfecture de Police) في حين أن مثل هذا الجهاز لا يوجد إلا في العاصمة[6]، باريس.

---

(١) Gavalda et Stoufflet : op. cit. N. 284 P. 357-358 .

(٢) Cass. Com. 25 avril 1967 : arrêt précité ( affaire varion ) .

(٣) Cass. Com. 17 Janv. 1968 : arrêt précité .
انظر كذلك ما سيأتي ذكره بشأن أسلوب تدقيق العنوان .

(٤) Paris . 17 Mars . 1936 : D.H. 1937 . 257 .

(٥) Trib.Com.Seine 24 Janv 1958: Gaz. Pal . 1958 . 2 . 343 . et sur apple : Paris : 4 Oct . 1960 : J.C.P. 1961 . II . 12075 .

(٦) Paris : 23 Janv . 1960 : J.C.P. 1960 . II . 11497 .

هذا، وقد لوحظ بحق أن التزام البنك بمراقبة تحقيق شخصية طالب فتح الحساب هو التزام مرن يمكن تطويعه ليناسب مضمونه تلك الظروف العامة التي قد تعاصر فتح الحساب[1]، كما حدث وأن قضي بأن من المعقول - في ظروف احتلال فرنسا في شباط ١٩٤٤ - قبول عذر البنك الذي اعتمد بطاقة شخصية تضمنت بعض البيانات عن مكان تسليمها على أنه مستند كاف لإيضاح موطن صاحبها[2].

**ثانياً: العنوان (الموطن):**

عنوان (موطن) طالب فتح الحساب معلومة أخرى يحرص المصرف على التثبت منها، وأهمية هذا الإجراء واضحة: فهو إجراء ضروري لأغراض المخاطبة والتبليغ بشأن الحقوق والالتزامات التي تترتب على التعامل، وهو أيضاً إجراء يعزز التأكد من الهوية الشخصية لطالب فتح لحساب، لأن وثيقة الهوية قد لا تظهر عليها إمارة التزوير أو التحريف، فيكون تدقيق العنوان مناسبة للكشف عن حقيقة الهوية الشخصية، خاصة أن الكشف عن تزوير العنوان أيسر بكثير من الكشف لعملية تزوير الهوية أو تحريفها، لهذا فالحكم ثابت على لزوم تدقيق المصرف لعنوان طالب فتح الحساب[3]، لما يترتب على هذا التدقيق من ضمانات جدية للمصرف وللغير في آن واحد.

---

(١) د. السيد محمد محمد اليماني: المرجع المشار إليه، ص ٢٤٨.

(٢) Paris : 24 Mars . 1954 cité par H. Cabrillac in J.C.Com Banque . fasc . 17 n . 21.

(٣) راجع تعليمات مصرف الرافدين بشأن الحساب الجاري وحساب التوفير والودائع النقدية. أنظر المادة ٣٠ من التشريع الفرنسي الصادر في ٣/ ١٠/ ١٩٧٥ السالف الذكر، ثم لاحظ الإجماع على هذا الحكم في القضاء والفقه منذ زمن سابق على هذا التشريع.
Stoufflet . -Cass.Com.17 Janv.1968:J.C.P.1969 II 15839 note J.
Paris Janv . 1960 . J.C.P. 1960 . II . 11497 - Paris 18 déc. 1965 : J.C.P. 1965 . II . 14704 note J. Stoufflet .
كذلك :- Vasseur et Marin : " Les comptes ...." op. cit. N. 6. P.39 .
Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 285 p. 359 .

ولكن، يلاحظ أن الإجماع غير منعقد على تحديد الأسلوب الواجب اتباعه من قبل المصرف في تدقيق العنوان الذي يذكر في استمارة طلب فتح الحساب . يقيناً أن الأسلوب الأمثل يكمن في تدقيق ميداني للعنوان المذكور من خلال زيارة موظف المصرف لهذا العنوان للتأكد من صحته، ويبدو أن مثل هذا الإجراء تتبعه المصارف أحياناً، وهو ذو فاعلية لا تنكر، ولكنه يثير صعوبة إثبات تحقق الزيارة في مواجهة الغير، ثم، هل يمكن إجبار المصرف على تحقيق مثل هذه الزيارة في حالة كون العنوان في موقع جغرافي بعيد عن المصرف ؟ ومن يتحمل مصاريف مثل هذه الزيارة[1]، يرى (J.STOUFFLET) أن مثل هذا الإجراء يصعب فرضه على المصارف لما يستلزمه من وقت ونفقات غير قليلة[2]، سيما أن عدد الحسابات التي تفتح يومياً لا يستهان بها[3] .

لذا، ثمة أسلوب آخر تلجأ إليه المصارف بهذا الصدد، وهو أسلوب يتميز عن السابق بزهد التكاليف من حيث النفقات وبحسن التدبير من حيث الإثبات ويكمن هذا الأسلوب الأخير في إرسال رسالة بريدية، وفي صورة رسالة ترحيب أو استقبال، موجهة إلى طالب فتح الحساب من خلال العنوان محل التدقيق، فإذا ما رجعت الرسالة بواسطة البريد إلى المصرف ثانية، فإن هذا دليل على عدم صحة العنوان، وإلا فالمصرف يفترض صحة العنوان المذكور .

---

(١) Gavalda et Stoufflet : Ibid .

(٢) Stoufflet : note Précité : J.C.P. 1969 . II . 15839 .

(٣) Stoufflet : note Précité : J.C.P. 1966 . II . 14704 .

ولكن، هل يشترط أن تبعث هذه الرسالة بالبريد المسجل ؟ أم يمكن الاقتصار على إرسال الخطاب بالبريد العادي غير المسجل ؟

يلاحظ أن محكمة السين التجارية قضت بلزوم اتباع أسلوب الرسائل المسجلة في هذا الميدان(1)، ولكن، هذا الحكم تعرض إلى انتقاد شديد في الفقه، حيث وصف بأنه حكم مفرط بالتمسك في الأوضاع الشكلية ( Formaliste) في حين لا شيء في القانون ولا في التطبيق يلزم اتباع أسلوب البريد المسجل، كما قيل بأن المطلوب إثبات إرسال رسالة بريدية وليس إثبات رجوع الرسالة، وتلك في كل الأحوال وقائع مادية يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات ولا تحصر بأسلوب الرسالة المسجلة فقط(2).

لذا، لم يحظ الحكم القضائي المشار إليه بتأييد محكمة استئناف باريس(3)، ولكن، على رغم دعم الفقه لهذا القرار الأخير، رفضت محكمة النقض الفرنسية تصديقه دون أن تعطي الجواب الواضح عن السؤال المطروح أعلاه(4)، فقد تضمن الطعن في القرار الاستئنافي، الإشارة إلى أن أسلوب البريد المسجل هو الطريق الوحيد الذي يضمن إعادة الرسالة إلى المرسل في حالة عدم توزيع الرسائل، لكن محكمة النقض لم تدن في قرارها اتباع أسلوب البريد العادي ( غير المسجل ) في إرسال الرسالة، الأمر الذي استخلص منه أن محكمة النقض الفرنسية تقبل ضمناً

(1) Trib.com.seine.11 Mars .1964 : J.C.P. 1964 .ed. C.J. N.75009 Note DOLL .

(2) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 285 p. 360 .

(3) Paris 18 déc. 1965 : J.C.P. 1965 . II . 14704 note J. Stoufflet .

(4) Cass . Com . 17 . 1966 : J.C.P. 1968 . II . 15839 note J.Stoufflet .

هذا الأسلوب وترى فيه إجراءاً رقابياً كافياً، لأن قرار النقض استند إلى أن محكمة استئناف باريس لم تبحث فيما إذا كان العنوان الذي ذكره العميل للبنك غير المطابق للعنوان الوارد في وثيقة الهوية الشخصية، يشكل ظرفاً يستحق من البنك "حذراً خاصاً" بمعنى ظرفاً يقتضي إرسال الرسالة بالبريد المسجل[1]، ولهذا، كتب (L.STOUFFLET) معلقاً على قرار النقض، بأن المبدأ بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية هو لزوم مراقبة العنوان باتباع الأسلوب العادي للبريد، ولكن، حيثما تكون هناك أسباب جدية تدعو للتشكيك في صحة العنوان الذي يتقدم به طالب فتح الحساب، فإن أساليب الرقابة الأكثر ضماناً يجب اتباعها، مثل الرسالة المسجلة أو الزيارة الميدانية لموظف البنك للعنوان، أما إذا كان هذا الشخص معروفاً لدى البنك بصورة مباشرة أو بموجب تزكية من شخص معتمد لدى البنك، فإن إجراءات الرقابة ينبغي أن تكون أقل صرامة[2].

وهكذا، يبدو أن العنوان معلومة يجب على المصرف تدقيقها والتثبت منها بالأسلوب المناسب، دون أن يكون هناك التزام على المصرف باتباع أسلوب معين دون غيره[3]، ما لم تستلزم ذلك ظروف التدقيق، فيكون للمصرف مثلاً لملاحظة تطابق العنوان، فرض تقديم أكثر من وثيقة أو هوية، أو فرض تقديم وثيقة حديثة الإصدار (كقائمة الكهرباء) أو إرسال رسالة بالبريد العادي أو البريد المسجل، أو تقديم شاهد تعريف معتمد لدى المصرف، أو تكليف موظف المصرف بالقيام بزيارة ميدانية

(١) J. Stoufflet : note Précité . Ibid .

(٢) J. Stoufflet : note Précité . add . article précité n. 30 p. 8 .

(٣) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 285 p. 360.

للتحقق من العنوان . . . . إلى غير ذلك، بحيث تتناسب فاعلية الأسلوب مع ما يقتضيه ظرف التدقيق من صحة العنوان الذي تقدم به طالب فتح الحساب.

**ثالثاً: المهنة:**

مهنة طالب فتح الحساب معلومة أخرى تحرص المصارف على التعرف عليها والتثبت من حقيقتها، وعلة هذا الاهتمام تكمن فيما يترتب على معرفة المهنة من مؤشر هام لتحديد المركز المالي لممارسها، من جهة، وللتأكد من مشروعية وجدية الحاجة لفتح الحساب من جهة أخرى، فمصلحة المصرف تقتضي من هذا الأخير تشجيع التعامل مع ذوي المردودات المالية الهامة كالتجار والمقاولين وغيرهم ممن يمكن الاستفادة من التعامل معهم في ميدان النشاطات المصرفية، ويعد الحساب المصرفي في مقدمة الوسائل المصرفية لجذب العملاء للتعامل مع المصرف[1]، وبالمقابل، تقتضي مصلحة المصرف تجنب التعامل مع ذوي المهن غير المشروعة حذراً من التورط بعلاقات لا تجد حماية القانون أو قد تكون مصدراً لمسؤولية المصرف، الأمر الذي يقود المصرف إلى تجنب فتح الحساب لمثل هؤلاء الأشخاص.

لهذه المبررات، جرت البنوك في فرنسا على طلب تقديم شهادة التسجيل في السجل التجاري حينما يكون طالب فتح الحساب تاجراً، كما أن المحاكم في فرنسا لاتهمل ملاحظة اهتمام البنك بمعرفة مهنة طالب فتح الحساب[2].

---

(١) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 271 p. 337 . et n. 288 . p. 352 .

(٢) Cass.Com.25 avril.1967:J.C.P.1967. II. 15306 note C. Gavalda .

فهل يترتب على هذا لزوم تحقق المصرف من " مهنة " طالب فتح الحساب ؟ أي، هل يعد تدقيق المهنة بهذا الصدد واجباً على المصرف تجب مراعاته، وإلا تعرض المصرف لتحمل المسؤولية عن الضرر المترتب على إهمال هذا التدقيق في مواجهة الغير ؟

بسبب غياب النص التشريعي ظهر خلاف بهذا الشأن، حيث ذهبت محكمة السين التجارية إلى تصور لزوم تأكد المصرف من حقيقة الإعلان عن المهنة الذي تقدم به طالب فتح الحساب[1]، بيد أن هذا الحكم لم يحظ بتصديق محكمة استئناف باريس التي قررت بهذا الصدد أن البنك غير ملزم حين فتح الحساب بمباشرة التحري عن مهنة طالب فتح الحساب[2]، ومن الملاحظ أن هذا القرار ينسجم مع حكم سابق صدر عن محكمة بداءة (Amiens) كان قد رفض اعتبار تدقيق المهنة واجباً ينبغي على المصرف مراعاته عند فتح الحساب، لأن المهنة كما جاء في القرار، لا تعد عنصراً ثابتاً في حياة الشخص[3]، ولكن من الملاحظ بوجه خاص أن محكمة النقض الفرنسية لم تتخذ موقفاً بهذا الصدد، وإنما اكتفت في إحدى قراراتها بالقول بأن البنك لا يعد مرتكباً الخطأ إذا تأكد قبل فتح الحساب من هوية وعنوان ورقم تسجيل طالب فتح الحساب في غرفة التجارة[4].

---

(١) Trib.com.seine.II Mai .1964 : J.C.P. 1964 .éd. C.I. N.75009 Note DOLL .

(٢) Paris 18 déc. 1965 : J.C.P. 1965 . II . 14704 note J. Stoufflet .

(٣) Amiens 28 mars 1963 : J.C.P. 1963 . II . 13186 note H. Cabrillac .

(٤) Cass. Com. 25 avril 1967 : J.C.P. 1967. II . 15306 note C. Gavalda .

أما الفقه، فالاتجاه ميال إلى عدم اعتبار تدقيق المهنة واجباً مفروضاً على المصرف حين فتح الحساب[1]، لأن القول المخالف يؤدي إلى اعتبار المصرف شريكاً في الأعمال غير المشروعة التي قد يقوم بها طرف الحساب، وفي هذا مبالغة مفرطة في دور الحساب المصرفي الذي لا يعدو أن يكون وسيلة للتعامل المالي[2]، وكما سلف ذكره، فإن المهنة لا تقف بالضرورة عند نشاط معين، فمن المتصور أن يمارس الشخص حرفاً متعددة في آن واحد، لا بل من المتصور تبديل الحرفة، الأمر الذي يصعب معه فرض رقابة المصرف على ممارسة الحرفة أو المهنة كواجب لا بد منه، ثم إذا كان للمصرف مصلحة في التثبت من المهنة، فإن المصرف هو الأجدر بتقدير أهمية مصلحته ومتابعة تحقيقها، ولا يمكن أن يعد هذا التحقيق أو التدقيق واجباً ينبغي على المصرف مراعاته تحت طائلة المسؤولية.

ومع ذلك، يذهب رأي إلى عدم المبالغة في ترك تدقيق المهنة لخيار المصرف عند فتح الحساب، فإذا كان من الواجب على طالب فتح الحساب أن يذكر " المهنة " التي يمارسها في الاستمارة، فإن من الواجب أيضاً ألا يهمل المصرف هذه المعلومة متى تبين له من خلال الهوية أو غيرها زيف الادعاء، حيث أن في ذلك تشجيعاً للإدلاء بمعلومات غير صحيحة، وربما لإخفاء واقع غير مشروع، فمثلاً، تشير التجارب في

---

(١) راجع : Vasseur et Marin:"Les comptes...." Op.cit.n.6.p.36.
Rodière et Rives - Langs : OP. Cit. N. 93. P. 99 .
Gavalda et Stoufflet : droit bancaire : Op. Cit.II N. 286 p. 361 .
Stoufflet : article precité . n. 31. P. 8-9 ; aussi note sous Cass . 17 Janv . 1968 : J.C.P. 1969 . II . 15839 ; et J.C.P. 1966 . II . 14704 .
Gavalda : note in J.C.P. 1967 . II . 15306 .

(٢) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 286 p. 361 .

فرنسا[1] ، إلى أن أكثر من "محاسب " في شركة عمد إلى فتح حساب مصرفي متستراً وراء مهنة أخرى ليتسنى له استيفاء قيمة الصكوك ( الشيكات ) المسطرة التي تعود إلى الشركة التي يعمل فيها محاسباً ، وذلك بعد تظهيرها لمصلحته برغم عدم تخويله بهذا التظهير ، حيث يقوم عند ذاك بتغذية حسابه بهذه الصكوك ( الشيكات ) المسطرة ثم يستوفي القيمة نقداً فيما بعد ، والحال أن مثل هذا الاستيفاء النقدي كان متعذراً عليه لو لم يفتح حساباً لدى البنك[2] ، لهذا ، ثمة اتجاه ذهب إلى أن " تدقيق المهنة " إذا لم يكن واجباً على المصرف حين فتح الحساب ، فإن الأمر يختلف تماماً لو تبين للمصرف أن هناك تبايناً أو تناقضاً بين المهنة الموصوفة في هوية التعريف الشخصية وبين ما ذكره طالب فتح الحساب ، لأن مثل هذا التناقض ، كما قيل ، ينبغي أن يكون حافزاً لفضول المصرف للتثبت من المهنة الفعلية تجنباً للمساهمة في إخفاء واقع غير مشروع[3] .

ولكن ، يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لم تكن واضحة الموقف بهذا الصدد ، حيث لم تقرر لزوم بحث البنك عن ماهية المهنة الأخرى التي يمارسها طالب فتح الحساب بالرغم من علم البنك بأن هذا الشخص كان يمارس أعمال التأمين بعد نهاية الدوام في الشركة التي يعمل بها كمحاسب[4] .

---

(١) لاحظ القرارات القضائية المشار إليها أنفاً في ص٢ ، من هذا المبحث .

(٢) لاحظ المادة ( ١٦٦ ، ١٦٧ ) من قانون التجارة العراقي .

(٣) Gavalda : note précité sous Cass . 25 avril 1967 .

(٤) Cass . com . 25 april 1967 arrét précité .

صفوة القول أن التثبت من " مهنة " طالب فتح الحساب يبدو أمراً يهم المصرف ومتروك له تقديره، ولا يبدو أمراً يستحق تأكد المصرف من حقيقته إلا في الأحوال التي تهيمن فيها الشكوك على شخص طالب فتح الحساب.

**رابعاً: السمعة:**

سمعة طالب فتح الحساب معلومة أخرى تحرص المصارف على الوقوف عليها بدقة، وقد أشارت التعليمات المصرفية إلى هذا الأمر صراحة حيث اشترطت لفتح الحساب ألا يكون طالب فتح الحساب من ذوي السمعة السيئة[1]، والتطبيق المصرفي، كما يشير (VASSEUR et MARIN) يسعى من وراء المعلومات التي يحصل عليها (من خلال الهوية والعنوان والمهنة) إلى الكشف عن سيء السمعة كاللصوص الذين يسعون لفتح الحساب لاستعماله وسيلة لأغراضهم غير المشروعة[2]، فالمصارف، كما يقول (FERRONIERE et De CHILLAZ) ، لا ترغب بفتح حساب إلى أشخاص ذوي خلق مشكوك فيه بسبب الظواهر التي يمكن أن تحدث لاحقاً كحالة سحب صك بدون رصيد[3]، لهذا يقول العميد J.HAMEL) (المصارف تحرص إلى عدم التعامل إلا مع أشخاص لا عيب فيهم أو ملامة[4].

---

(١) لاحظ تعليمات مصرف الرافدين بشأن الحساب الجاري ( ص ٧ ) - ثم أنظر أيضاً : نعمان زيني / دليل المعاملات المصرفية / الحسابات الجارية ( رقم ٣ ) ص ٦ .

(٢) Vasseur et Marin:"Les comptes...." Op.cit.n.6.p.36 .

(٣) J. Ferroniére et du Chillaz . " Les operations de banque " éd. Dalloz . 1975 n. 6 p. 14.

(٤) J. Hamel : " Le droit du banquier ....." article Précité .

ولكن تجدر الملاحظة أن شرط حسن السمعة إذا كان يسير التبرير من حيث لزومه فهو صعب التحديد من حيث مفهومه، وذلك لارتباط " السمعة " بأكثر من جانب من حياة الشخص، وفي الأقل، لسمعة الشخص جانبان أساسيان : أحدهما مادي ذو قيمة مالية، والآخر معنوي : ذو قيمة خلقية، فهل لهذين الجانبين من أهمية بالنسبة لفتح الحساب المصرفي، وهل يلزم المصرف بمراعاتها ؟

يقيناً أن المصارف ترحب بالتعامل مع ذوي السمعة المالية المتينة وتسعى للارتباط بهم للانتفاع، من خلال العمولة مثلاً، من نشاطاتهم المالية، ووسيلة المصرف المثلى لهذا الارتباط هي فتح الحساب المصرفي، لأن هذا الأخير كما أسلفنا يعد في مقدمة الوسائل المصرفية لجذب العملاء للتعامل مع المصرف، وبالمقابل، لا تشجع المصارف التعامل مع ذوي المردودات المالية الضعيفة، فباستثناء حسابات التوفير، لا ترحب المصارف بفتح الحساب لذوي الإيداعات الضئيلة جداً أو النادرة فعلاً[1]، لا بل أن المصارف تمهد إلى غلق الحساب المصرفي متى آلت موجودات طرف الحساب إلى حد ضئيل جداً أو صار الحساب بدون حركة لفترة معينة[2]، ولعل هذا الاتجاه هو الذي يفسر لزوم إيداع مبلغ معين كحد أدنى مطلوب لفتح الحساب واستمرار بقائه مفتوحاً[3].

---

(١) Gavalda : " Les refus du banquier " . article précité .

(٢) لاحظ تعليمات مصرف الرافدين - الحسابات الجارية / حساب الحسابات غير المتحركه.
ثم راجع : د. فائق الشماع : الحسابات المصرفية الدائنة / حساب الحسابات غير المتحركة، مجلة كلية القانون / عام ٢٠٠٠، العددان الأول والثاني، ص ٣ وما بعدها.

(٣) Ferronier et de Chillaz : OP. Cit. N. 6. P. 14 .

ولكن إذا كانت السمعة المالية الجيدة لطالب فتح الحساب تحظى باهتمام المصرف، فهل يعد إهمال مراعاتها وإغفال التثبت منها خطأ يوجب مسؤولية المصرف عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ؟ للإجابة على هذا السؤال، تجدر الإشارة إلى نزاع عرض على القضاء الفرنسي بشأن حساب مصرفي فتحه المصرف (B.N.C.I) لذي اسم مستعار استعمل الحساب لتغطية تصرفات احتيالية لمتجر معين كان قد خضع لنظام الإفلاس الأمر الذي كان سبباً لتحريك دعوى ضد المصرف المذكور تأسيساً على قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن المصرف، على حد تعبير المدعي، هيأ لتاجر مفلس الوسيلة لإطالة أجل حياته التجارية وزيادة الديون التي بذمته. بيد أن هذا الادعاء لم يحظ بترحيب محكمة البداءة التي طعن في قرارها أمام محكمة النقض الفرنسية، فجاء قرار هذه الأخيرة متضمناً الانتقاد للقرار المطعون بأنه أغفل البحث عما إذا كان المصرف قد تصرف خطأ حين فتحه الحساب دون التثبت والتدقيق عما إذا كان عميله الجديد ذا اسم مستعار[١]، ويستنتج من هذا القرار بأن محكمة النقض الفرنسية ترى في إغفال البحث عن حقيقة المركز المالي، وبالتالي السمعة المالية لطالب فتح الحساب تصرفاً ينطوي على خطأ قد يوجب مسؤولية المصرف. ولكن، تجدر ملاحظة إشارة الفقه بهذا الصدد إلى صعوبة وندرة إثبات علاقة السببية بين مثل هذا الخطأ والضرر[٢]، وهي صعوبة تتفاقم أكثر مع حالة إغفال التثبت من السمعة الخلقية والأدبية ( La Moralité) لطالب الحساب المصرفي.

---

(١) Cass . com 28 nov . 1966 : Bull . Civ. 1960. III . P. 348 N. 381 ; Rev. Trim. dr . com. 1961 p. 460 ets Obs. notre maître R. Houin ; et La même Revue p. 416 Obs. Becqué et cabrillac ; Banque 1962 . p. 269 . Obs. X. Marin .

(٢) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 286 p. 362 .

ابتداء، تجدر الإشارة إلى حكم إحدى المحاكم الدنيا في فرنسا الذي استلزم من البنك التثبت من شرف (Honorabilité) طالب فتح الحساب[1]، بيد أن هذا الحكم بقى معزولاً ولم يحظ بتأييد لاحق في القضاء ولا بدعم ناطق في الفقه.

ففي القضاء، رفضت محكمة بداءة باريس اعتبار التثبت من شرف طالب فتح الحساب واجباً ينبغي على البنك مراعاته، حيث قضت بعبارة صريحة بأن " البنك غير ملزم حين فتح الحساب في سجلاته، بإجراء تحقيق بصدد شرف (honorabilité) عميله الجديد "[2]، وجدير بالملاحظة أن هذا الحكم سبق وأن ذهبت إليه محكمة (Amiens) في قرار صادر لها[3] في عام ١٩٦٣ والذي حظي بتصديق من محكمة النقض الفرنسية التي لم تلزم البنك بالبحث عن شرف طالب فتح الحساب، وإنما اكتفى قرار محكمة النقض بالقول بأن المصرف لا يعد مرتكباً الخطأ إذا تأكد قبل فتح الحساب من هوية وعنوان ورقم تسجيل طالب فتح الحساب في غرفة التجارة[4].

وفي الفقه، ينعقد الإجماع على تأييد الموقف القضائي المذكور[5]، حيث يؤكد مشاهير الفقهاء في فرنسا على أن فرض رقابة للبنك على شرف طالب فتح الحساب

(١) Trib.com.seine.II Mai .1964 : J.C.P. 1964 .d. C.I. N.75009 Note DOLL.

(٢) Paris 18 dec. 1965 : J.C.P. 1966 . II . 14704 note J. Stoufflet .

(٣) Amiens 28 mars 1963 : J.C.P. 1963 . II . 13186 note . H. Cabrillac .

(٤) Cass. Com. 25 avril 1967 : J.C.P. 1967. II . 15306 note C. Gavalda .

(٥) Rodière et Rives - Langs : OP. Cit. N. 93. P. 99 .
Gavalda : " Les refus du banquier " . article precité, et note sous Cass . com. 25 il 1967 . arrêt précité .
Marin : obs . in Banque 1966 , p. 131 .

فيه تجاوز على مهمة البنك[١]، التي لا تتسم بصفة رجال الشرطة[٢]، فالبنوك لا تضمن مطلقاً شرف عملائها أصحاب الحسابات[٣].

ولكن، تجدر الملاحظة أن إعفاء المصرف من رقابة شرف (honorabilité) طالب فتح الحساب لا تعني الاستبعاد المطلق لواجب المصرف من التثبت عن عموم أخلاقية هذا الشخص (La moralité)، كما تصور ذلك البعض[٤]، لأن المصرف لا يعفى من رقابة نزاهة تعامل طالب فتح الحساب، وبالذات التثبت من " أمانة " هذا الشخص (Honnêté)[٥].

فمن المعلوم بأن هناك تأكيداً على لزوم رفض فتح الحساب لمن عرف عنه ممارسة سحب الصكوك بدون رصيد، فالقانون الفرنسي الصادر في ٣/ ١/ ١٩٧٥ يفرض على البنك جملة واجبات تترجم بلزوم مراجعة قائمة بنك فرنسا " المركزي " المتعلقة بالأشخاص المعروفة لسحب شيك بدون رصيد قبل الاستجابة لأي طلب لفتح الحساب، كما أن تعليمات مصرف الرافدين في العراق تقضي بغلق الحساب المصرفي لمن يقوم بسحب صك بدون رصيد، كما تقضي برفض فتح الحساب لمثل هؤلاء الأشخاص في أي فرع آخر من فروع المصرف، وبالتالي يكون المصرف قد ارتكب خطأ إن وافق على فتح حساب لشخص سبق وأن حكم عليه بعقوبة جزائية لإساءة

---

(١) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 287 p. 366 .

(٢) Vasseur et Marin : " Les comptes ... " Op. Cit. N. 6 p. 39.

(٣) Stoufflet : article précité J.C.P. 1969 . II . 15839 et J.C.P. 1966 . II . 14704 .

(٤) Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 287 p. 366 .

(٥) H. Cabrillac : introduction au droit bancaire . Op. Cit. P. 33 et. 49 .

استعمال الحساب المصرفي[1]، كما يرتكب المصرف خطأ لو فتح الحساب رغم علمه بأن طالب فتح الحساب من المعروفين بالتحايل[2].

وهكذا فإن السمعة الأخلاقية لطالب فتح الحساب، وبالذات "أمانة" تعامل هذا الشخص ينبغي أن تكون موضع اهتمام المصرف قبل فتح الحساب، كما يلتزم المصرف بالتثبت من سمعته المالية، أي حقيقة مركزه المالي.

خلاصة البحث تكمن إذا في التأكيد على أهمية ممارسة المصرف الرقابة على جوانب متعددة من شخصية طالب فتح الحساب قبل الارتباط معه بالحساب للتثبت من جدارته الشخصية، وذلك بالرغم من غياب النص التشريعي الخاص بهذا الشأن.

فهذه الرقابة تأسس قانوناً على مبررات تستمد من القواعد العامة في القانون فضلاً عن الخصيصة القانونية للحساب المصرفي : فالقواعد العامة تقضي باعتبار طلب فتح الحساب إيجاباً موجهاً إلى المصرف لا يلزم هذا الأخير إلا بعد اقترانه بقبول المصرف، وما الإجراءات الإعلانية التي يقوم بها المصرف سوى دعوة للتعاقد، لأن الخصيصة القانونية للحساب تقوم على الاعتبار الشخصي، الأمر الذي يقتضي تهيئة الظرف الكافي للمصرف للتثبت من جدارة طالب فتح الحساب لتفادي إساءة استعمال الحساب. هذا التدقيق يعد التزاماً في ذمة المصرف تنفيذاً للواجب المفروض على الكافة بالتزام الحرص في التصرفات لتفادي الإضرار بالغير.

---

(١) لاحظ التشريع الفرنسي المذكور أعلاه، ثم أنظر بهذا الاتجاه :-
Gavalda et Stoufflet : Op. Cit. N. 287 p. 366.

(٢) Gavalda : note sous Cass . 25 avril 1967 . arrêt précité .

وهذه الرقابة يتمثل نطاقها بلزوم التثبت من الهوية الشخصية، ومن خلالها الجنسية لطالب فتح الحساب، فضلاً عن التثبت من عنوانه " موطنه " وحقيقة مركزه المالي وأمانته الخلقية في التعامل، وينبغي على المصرف التشدد في ممارسة الرقابة وتوسيع نطاقها لاحتواء جوانب أخرى من شخصية طالب فتح الحساب كالمهنة وغيرها مثلاً في الأحوال التي تهيمن فيها الشكوك على طالب فتح الحساب، وبديهي أن تترتب على المصرف المسؤولية عن الضرر المباشر الذي يلحق الغير نتيجة الإهمال بواجب هذه الرقابة.

ولعل من المناسب، في الختام، دعوة المشرع إلى التدخل لمعالجة هذه الرقابة، كما يكون من الضروري قيام البنك المركزي بإعداد قائمة خاصة بذوي السوابق في ميدان التعامل المصرفي كي تزود بها المصارف لتلتزم بمراعاتها ولتتجنب مخاطر فتح الحساب المصرفي.

# المعاينة كوسيلة من وسائل
# اثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه

إعـــداد

الدكتور / علي خطار شطناوي *

**ملخص البحث:**

يعد موضوع إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه من المواضيع المهمة، فلا يعتد بالحق مالم يقرر له المشرع حماية قانونية تستخدم لمنع الاعتداء عليه. لذلك جاءت هذه الدراسة لتصب في ذا ت الموضوع من خلال عرض ودراسة الصعوبة في إثبات عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه ومردها لأسباب عديدة، فقد تكون الأدلة الخطية في حوزة الإدارة، أو التصاق قرينة الصحة أو المشروعية بالقرار الإداري أو لعدم تعاون الإدارة مع القضاء الإداري.

وتعد وسيلة المعاينة طريقة مباشرة للإثبات كونها تتصل اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها واعتبرها القضاء الفرنسي والأردني والمصري وسيلة من وسائل الإثبات في منازعات الإلغاء. كما أن المعاينة تختلف عن الخبرة الفنية في العديد من النواحي من حيث الغاية والجهة التي تتولاهما. ويمكن إعمال المعاينة وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري في جميع الميادين.

ويتعين أن يتم تنفيذ المعاينة وفق أسلوبين مختلفين هما:

١- إجراء المعاينة دون الاستعانة بخبراء فنيين .

٢- إجراء المعاينة بالاستعانة بالخبرة الفنية .

ولكل من الأسلوبين شروط لابد أن تتحقق ليكتسبا الشرعية ، كما يمكن اللجوء إلى وسيلة المعاينة لإثبات جميع أوجه عدم المشروعية التي قد تشوب القرارات المطعون بها ، فالواقع العملي يكشف بأن القضاء الإداري يلجأ لهذه الوسيلة لتقدير مشروعية الوجود المادي للوقائع التي يستند إليها القرار وصحة تكييفها القانوني وتقدير مدى جسامتها .

* أستاذ القانون العام المشارك -كلية الحقوق - الجامعة الأردنية .

## تقديم:

نعلم أن الحق هو مجرد استثناء يقرره القانون لصالح شخص معين، وبذا لا تفيد الحقوق أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية قانونية يستطيع صاحب الحق استشارتها عند الاعتداء عليها، فالحماية ليست ركنا في الحق، ولكنها من مستلزماته، فهي الرفيق الطبيعي له . لهذا يتجرد الحق من قيمته إذا لم يقرر المشرع له حماية قانونية يستخدمها صاحبه لمنع الاعتداء عليه . كما يتجرد الحق أيضا إذا عجز صاحبه عن إثباته، فالحق الذي لم يقم الدليل عليه ليس له أي قيمة . فالدليل وحده هو الذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون يغدو معه واجب الاحترام .

ويتنازع الإثبات ثلاثة مذاهب مختلفة، أولها، المذهب الحرُّ في الإثبات، ومفاده أن المشرع لا يرسم للإثبات طرقاً محددة يتقيد بها القاضي والخصوم، بل يتركهم أحرارا، فالخصوم يقدمون من الأدلة ما يستطيعون إقناع القاضي به، والقاضي حر في تكوين اعتقاده واقتناعه من أي دليل يقدم إليه . وثانيها، المذهب المقيد في الإثبات، إذ يرسم الشارع للخصوم والقاضي طرقا محددة للإثبات، ويحدد لكل طريق قيمته في الإثبات، وبذا يلزم الخصوم والقاضي بهذه الطرق المحددة قانونا، وبالقيمة المعطاه لكل منها . وثالثها، المذهب المختلط الذي يجمع بين المذهبين السابقين معا .

وقد خلت قوانين محكمة العدل العليا المتعاقبة من تنظيم موضوع الإثبات الإداري . وعليه فإن النظام الحر أو المطلق في الإثبات هو النظام المعمول به في المنازعات الإدارية . وعلة ذلك أن القضاء الإداري ليس ملزما بتطبيق قواعد الإثبات

المدني حرفياً فللقانون الإداري ذاتيته الخاصة، فقواعد القانون الخاص لا تطبق فيه إلا إذا لم تتعارض مع طبيعته الخاصة والضرورات التي دعت إلى قيامه. فعدم تنظيم موضوع الإثبات تشريعيا يترك للقاضي الإداري الحرية الكاملة لتكوين عقيدته واعتقاده من أي دليل يشاء. كما أن المشرع في القانون الإداري لا يضع أدلة الإثبات التي يحددها في موضوع معين في ترتيب تصاعدي من حيث القوة المعطاة لكل منها، وبذا تتساوى أدلة الإثبات من حيث قوتها في تكوين عقيدة القاضي واقتناعه، فهي على قدم المساواة، وليس لأي منها قوة تفوق الأخرى.

ويتحمل المستدعي في دعوى الإلغاء وفق القاعدة الأصولية في الإثبات (البينة على من ادعى) عبء إثبات صحة ادعاءاته، فهو الذي يطعن بالقذه الوسيلة من وسائل الاثبات لم تلق نصيبها من البحث والدراسة. لهذا نقترح بحثها وفق أحكام الخطة الآتية:

المبحث الأول: صعوبة إثبات عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه.

المبحث الثاني: التعريف بالمعاينة.

المبحث الثالث: مجالات الإثبات بالمعاينة.

المبحث الرابع: إجراءات تنفيذ المعاينة.

# المبحث الأول
# صعوبة إثبات عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه

يعتبر الإثبات الإداري أكثر صعوبة من الإثبات الجنائي والمدني، فليس من السهل على المستدعي وهو فرد عادي في الغالب الأعم أن يثبت عدم مشروعية القرار، ومرد هذه الصعوبة عدة أسباب:

**السبب الأول: حيازة الإدارة للأدلة الخطية:**

لا شك إن الإدارة تحوز في الغالب الأعم الأوراق والوثائق والمستندات التي يمكن للمستدعي الاعتماد عليها في الإثبات[1]، إذ تشكل هذه الوثائق الدليل الذي يمكن للمستدعي تقديمه للقضاء لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه. هكذا يؤدي وجود تلك الوثائق والمستندات في حيازة الإدارة إلى جعل مهمة الإثبات عسيرة، بل أحيانا مستحيلة، فلا يعلم المستدعي ما تتضمنه تلك الوثائق، أو على الأقل لا يستطيع أن يحدد ما تتضمنه تحديدا دقيقا[2]. ومما يزيد صعوبة الإثبات أن المستدعي في بعض الأحيان لا يرتبط بالإدارة بعلاقات سابقة على إصدار القرار الطعين، فهو في الغالب الأعم أجنبي عن هذا القرار، فلم يسهم في إعداده وإصداره حتى لو جاء هذا القرار بناء على طلبه. فالعناصر الوحيدة التي يمكن للمستدعي جمعها وتقديمها للقضاء مستمدة ومستخلصة من نشاط الإدارة الخارجي، أي أنها

---

(١) Ch. Debbasch etRecci : contentieux administratif, D, 1985 op.it.N502

(٢) الدكتور طعيمة الجرف، رقابة القضاء لاعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٧ ص٣١٨

مستمدة من مظاهر خارجية، وعليه لا يمكن الكشف عن العناصر الداخلية والموضوعية إلا إذا تم إعمال قاعدة الادعاءات التي لم تكذبها الإدارة وعليه تعتبر صعوبة الإثبات عامة تطبق على جميع عيوب القرار الإداري، لكنها تتجلى بصورة اكثر وضوحا بخصوص عيب الانحراف في استخدام السلطة، إذ يتوجب لإثبات هذا العيب أن يثبت المستدعي عدم مشروعية الباعث النفسي الذي قاد مصدر القرار على إصداره والغاية التي استهدف تحقيقها من إصداره. فالدليل الكامل في هذه الحالة لا يمكن أن يستمد أو يستخلص إلا من بحث نفسي داخلي يجريه القاضي لنفسية مصدر القرار المطعون فيه.

**السبب الثاني: تمتع القرارات الإدارية بقرينة المشروعية:**

تتمتع القرارات الإدارية بقرينة الصحة أو المشروعية اللصيقة بالقرارت الإدارية، فيفترض في القرار الإداري -كمبدأ عام- أنه مشروع حتى يثبت عكس ذلك. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا بأن: "يفترض في القرار الإداري غير المسبب أنه قام على سبب صحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك[1] وهذا المبدأ متفق عليه فقها وقضاء[2]، كما قضت "بأن كل قرار يفترض أنه صدر صحيحا وفي حدود المصلحة العامة ما لم يقم الدليل القاطع على إساءة الإدارة سلطتها في إصداره، حتى إذا اخفق المستدعي في ذلك استمر هذا القرار سليما

---

(١) Ch. Debbasch: la charge de la preuve devant le juge administratif, D,1983, p.43

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٦/ ٣/ ١٩٨١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٨١، ص١٢٤٠

وصحيحا منتجا لآثاره[1]. "كما قضت بأن كل قرار إداري يعتبر انه صدر صحيحا وفي حدود الصالح العام ما لم يرد دليل قاطع بخلاف ذلك[2]، كما أكدت بنفس المعنى فقضت بأن" الفقه والقضاء الإداريين مستقران على أن القرار الإداري يصدر متمتعا بقرينه الصحة وعلى الطاعن أن يثبت التعسف[3]. "وبأنه يفترض أن الانتداب قد صدر لضرورة اقتضتها ولا يغير من ذلك عدم بيان تلك الضرورة ذلك أن قراره تلازمه قرينة الصحة والسلامة المفترضة في كل قرار إداري، ولم يرد في أوراق الدعوى أي دليل على وجود أي عيب شاب هذا القرار فتكون أسباب الطعن غير قائمة على أساس سليم من القانون "[4].

ومما لا شك فيه أن قرينه المشروعية التي تتمتع بها القرارات الإدارية تجعل عبء الإثبات ثقيلا، إذ يحاول المستدعي إثبات عكس ما يتمتع به القرار محل الطعن من

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٤/ ١٠/ ١٩٧٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٨٠، ص٤٦٢

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٣/ ١٠/ ١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٨٧، ص٨٨٧.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٣/ ١١/ ١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٤، ص١٠١ وعدل عليا ٢٩/ ١/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٤، ص٦٩٦.

(٤) محكمة العدل العليا الأردنية: ٨/ ٥/ ١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٦، ص ١٧٠٠ و محكمة العدل العليا الأردنية ١٧/ ٤/ ١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين الأردنيين١٩٩٦، ص١٥٩٥ وعدل عليا ٣٠/ ٣/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٨ محكمة العدل العليا الأردنية: ٦/ ٩/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين١٩٩٥، ص ٣١٩٢ محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٥/ ١٠/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٥، ٣٢١٧

قرينة الصحة[1]. ويتضح ذلك من صياغة بعض الأحكام القضائية فقد حُكِم بأن " وبما أن الأصل في القرار الإداري أن يصدر صحيحا ما لم ترد بينة تثبت عكس ذلك وحيث لم تقدم في الدعوى آية بينة تثبت أن القرار المطعون فيه قد صدر مشوبا بأي عيب من عيوب القرارات الإدارية فإن أسباب الطعن لا ترد عليه وتكون الدعوى حقيقة بالرد "[2]. "كما حُكِم بأن الأصل في القرار الإداري أن يصدر صحيحا ما لم يرد دليل قاطع عكس ذلك. وحيث لم يرد أي دليل يشير إلى أن القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس الوزراء بحدود سلطته التقديرية مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون. . . "[3]. "حول إساءة استعمال السلطة وحيث إن كل قرار إداري يصدر متمتعا بقرينة الصحة والسلامة وعلى مدعي العكس إقامة البينة على ما يدعيه وبما أن المستدعي قد اخفق في إثبات أن القرار الطعين قد شابه عيب إساءة استعمال السلطة فان هذا السبب يكون حقيقا بالرد "[4].

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٣١٨

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٩/ ٣/ ١٩٩٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٩، ص٤٠

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٠/ ١٠/ ١٩٩٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٩، ص٧٠

(٤) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٨/ ٩/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٤٤ ومحكمة العدل العليا الأردنية ١٥/ ١٠/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥الأردنيين، ص٥١ ومحكمة العدل العليا الأردنية: ١٦/ ٦/ ١٩٩٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ٢٠٠٠، ص٨٤.

**السبب الثالث، عدم تعاون الإدارة مع القضاء الإداري :**

لا شك أن وجود الرقابة القضائية على قرارات الإدارة أمر ثقيل على نفسها ، إذ تريد ممارسة صلاحياتها واختصاصاتها القانونية كيفما تشاء معتقدة خطأ أنها القوامة على سير المرافق العامة ، وأنها الجهة المسؤولة عن فعالية الجهاز الإداري لتحقيق ما أنيط بها من مهمات ومسؤوليات جسام ، وأنها الجهة الوحيدة الحريصة على تحقيق الصالح العام . لهذا تبدي الإدارة تبرما واضحا من خضوع قراراتها للرقابة القضائية ، وقد تجلى هذا التبرم واضحا في تضمين التشريعات التي تصدرها الحكومة أحكاما تتحصن قرارات إدارية من رقابة القضاء[1] . كما أنها تلجأ إلى المراوغة وإبداء شتى مظاهر عدم التعاون حتى لا يتمكن القاضي الإداري من ممارسة وظيفته القضائية واداء رسالته النبيلة في تقدير مشروعية قراراتها وتقويم اعوجاجها وردها إلى جادة الصواب . لهذا اضطر القضاء الإداري إلى ابتداع العديد من السياسات القضائية واتباعها لحمل الإدارة على معاونته ومساعدته في ممارسة رقابته القضائية[2] ، ولعل من أهم تلك السياسات اعتبار تقديم المستدعي قرائن جدية على صحة ادعاءاته دليلا كافيا لتقرير عدم مشروعية القرار الطعين ، أو الاكتفاء بتقديم ادعاءات لم تنفها الإدارة

---

(١) لمزيد من التفاصيل في موضوع تحصين القرارات الإدارية ، انظر الدكتور علي خطار شطناوي ، القضاء الاداري ، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء) مطبعة كنعان ، إربد ، ١٩٩٥ ، ص١٢٦ وما بعدها .

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور علي خطار شطناوي ، دور القضاء الاداري في تحديد أسباب القرار المطعون فيه ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد الثالث عشر ، فبراير ، ٢٠٠٠ ، ص١٣٥ وما بعدها .

أو الاكتفاء بزعزعة قرينة المشروعية فقط[1] .

## المبحث الثاني
## التعريف بالمعاينة

يستعمل التشريع العديد من المصطلحات للدلالة على هذه الوسيلة من وسائل الإثبات، فقد استعمل المشرع الأردني في قانون البينات اصطلاح المعاينة[2]، واستعمل اصطلاح الكشف الحسي في قانون أصول المحاكمات المدنية[3]. ويستعمل المشرع الفرنسي اصطلاح زيارة المكان La visite des lieux ويقصد بالمعاينة مشاهدة المحكمة الشيء المتنازع عليه[4]. كما تعرف بأنها انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع، أيا كانت طبيعته، سواء كان عقارا أم منقولا، وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع، مما يظن أن معاينته ستكون مجدية[5]. هكذا تتمثل المعاينة في قيام هيئة المحكمة أو أحد أعضائها بمشاهدة محل النزاع للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشان. وعليه تتمثل المعاينة كوسيلة من وسائل إثبات عدم مشروعية

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر الدكتور علي خطار شنطاوي، الصلاحية التقديرية والضوابط القضائية الواردة على ممارستها في قضاء محكمة العدل العليا، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثامن والستون، ص٤٥٣ وما بعدها.

(٢) انظر المادة الثانية من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) السنة ١٩٥٢ .

(٣) انظر المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ .

(٤) الدكتور محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص٢٢٣.

(٥) الدكتور توفيق فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الاسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢، ص١٨٦ .

القرار الطعين في انتقال هيئة المحكمة أو أحد أعضائها لمشاهدة الأوصاف التي يدعيها المستدعي لتقدير مشروعية القرار المطعون فيه .

وتعد وسيلة المعاينة طريقة مباشرة للإثبات، إذ إنها تتصل اتصالا ماديا مباشرا بالواقعة المراد إثباتها[1] فاتصالها ماديا بالواقعة المراد إثباتها أدى إلى اعتبارها من طرق الإثبات المباشرة . ويقصد بطرق الإثبات المباشرة الوسائل التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها[2] . لهذا تحظى هذه الوسيلة من وسائل الإثبات بأهمية كبيرة في إثبات عدم مشروعية القرار الطعين؛ اذ إنها تسمح للقضاء بالإلمام الكافي والدقيق وبصورة محددة عن المركز أو الحالة الواقعية أو مظهر الاشياء وهيئتها وأوصافها الحقيقية وشكلها الخارجي، وبذا يتكون لديه صورة دقيقة وواضحة عن موضوع النزاع[3] لهذا لجأ القضاء الإداري لهذه الطريقة من طرق الاثبات لتقدير مشروعية القرارات المطعون فيها والحكم بالغائها بعد ان يتبين له من نتيجة المعاينة عدم مشروعيتها . لهذا يمكننا القول بأن القضاء الإداري الفرنسي[4] والمصري والأردني مستقر على اعتبار المعاينة وسيلة من وسائل الإثبات في منازعات الإلغاء، فهي من وسائل الإثبات المعتمدة في المرافعات الإدارية فلقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على إمكان مباشرة المعاينة دون نص صريح في قانونه لفائدتها في تحقيق

---

(١) الدكتور مفلح القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، عمان، جمعية عمال المطابع التعاونية، ١٩٩٤، ص٢٣٧

(٢) الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٨٦ .

(٣) ch. Debbasch et Jeen-Recci, ententieux administratif, D,1985,N522

(٤) c. E: 22/1/1971 Rec ,p67-13/12/1976,Rec, p585-19/10/1979, A.J.D.A.1980 p 110

العدالة الإدارية، ولعدم تعارضها مع طبيعة الإجراءات الموضوعية. وعليه قرر المشرع الفرنسي في المادة (R-137) من تقنين المحاكم الإدارية على أنه "يمكن للمحكمة إذا رأت أن ذلك ضروري أن تقرر انتقالها بكامل هيئتها أو مجموعة من أعضائها للمكان بغية القيام بعمليات التثبت والتحقق من الأمور التي تحددها في حكم تصدره". كما أن القضاء الإداري في مصر استقر منذ وقت طويل على أنه ليس ثمة ما يمنع من إمكانية أن تندب المحكمة من تشاء لإجراء المعاينة. وذلك طبقاً لقانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ٦٨ معدلاً بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٩٢[١]. كما أقرت محكمة العدل العليا في العديد من أحكامها بإمكانية اللجوء إلى هذه الوسيلة من وسائل الإثبات لإثبات عدم مشروعية القرار الطعين، كما قررت إلغاء العديد من القرارات بعدما تبين لها نتيجة المعاينة عدم مشروعيتها.

فإذا أقر القضاء الإداري بإمكانية الالتجاء للمعاينة لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، فللقاضي الإداري صلاحية تقرير اللجوء إلى هذه الوسيلة من تلقاء نفسه بدون طلب من الخصوم في الدعوى الإدارية إذا ارتأى أن لها فائدة في تقدير مشروعية القرار الطعين[٢]. ويتمتع بصلاحية تقديريه تقرير جدوى اللجوء إلى هذه الوسيلة إذا طلبها أحد الخصوم صراحة[٣]. هكذا يكتسب اللجوء إلى هذه الوسيلة

---

(١) الدكتور مصطفى كمال وصفي، اصول اجراءات القضاء الاداري، القاهرة، مطبعة الامانة، ١٩٧٨، ص٤٥٩

(٢) Ch. Debbasch et J. Recci: op . cit. N 522

(٣) C.E.: 8/5/1885/Rec/ 506- 9/3/1927,Rec,p294

من وسائل الإثبات في المرافعات المدنية [1] والإدارية بطابع اختياري، فتقدم أحد الخصوم بطلب للانتقال لمعاينة محل النزاع، لا يعني مطلقا أنها ملزمة بالاستجابة له، فلها صلاحية تقديريه لتقرير جدوى اللجوء لهذه الوسيلة لفض النزاع.

وتختلف المعاينة عن الخبرة الفنية في العديد من النواحي. فالغاية من هاتين الوسيلتين من وسائل الإثبات مختلفة، إذ تستهدف المعاينة إثبات الوجود المادي لحالة الاشياء كما هي، بينما تستهدف الخبرة الحصول على رأي استشاري فني لمساعدة القاضي في تكوين عقيدته واقتناعه، فيتضمن تقرير الخبرة رأيا فنيا بناء على أبحاث خاصة فنية. كما تختلف هاتان الوسيلتان من حيث الجهة التي تتولاهما، فتتم المعاينة بمعرفة القاضي نفسه سواء تولاها بنفسه أو تمت تحت إشرافه المباشر، في حين أن الخبرة تتم بمعرفة آخرين من أهل العلم والتخصص العلمي [2].

---

(١) يقول الدكتور محمد يحيى مطر "ويصدر قرار المعاينة من المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر إجراء المعاينة. ذلك أن الانتقال للمعاينة من الرخص القانونية التي تستعملها المحكمة متى شاءت ولا عليها إن هي لم تستجب إلى ذلك الطلب متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقناعها للفصل فيها". المرجع السابق، ص٢٢٣ ويقول الدكتور توفيق فرج "الانتقال للمعاينة من الأمور الجوازية للمحكمة. فقدرتي من ظروف الدعوى أن معاينة المتنازع فيه لها أهميتها في الإثبات، وقد لا ترى ذلك، خاصة إذا توافر لديها ما يكفي لاقتناعها بالفصل في الدعوى. لهذا يكون لها من تلقاء نفسها أن تقرر الانتقال لمعاينة موضوع النزاع، فيكون لها أن تنتقل بناء على طلب أحد الخصوم في الدعوى. ولا تلتزم المحكمة في هذه الحالة الأخيرة على الانتقال إلى محل النزاع، لأن هذا من الرخص القانونية لها، وتبعاً لذلك لا لوم عليها متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقناعها بالفصل فيها". المرجع السابق، ص١٨٦و١٨٧.

(٢) الدكتور أحمد كمال الدين موسى، نظرية الاثبات في القانون الاداري، القاهرة، ١٩٧٧، ص٣٥٧.

# المبحث الثالث
## مجالات الإثبات بالمعاينة

استقر الاجتهاد القضائي على أن عبء إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه يقع على عاتق المستدعي استنادا للقاعدة الأصولية البينة على من ادعى. كما أن للمستدعي إثبات عدم مشروعية القرار الطعين بجميع طرق الإثبات. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا "وإن كانت سلطته تقديريه إلا أنها تجد حدها بحدود المشروعية، ويفترض في قرار الإحالة على التقاعد، شأن ان كل قرار إداري آخر لا يلزم القانون مصدره تسبيبه، أن يقوم على سبب أو أسباب تبرر إصداره صدقاً وحقاً، أي في الواقع والقانون، استنادا لقرينة السلامة المفترضة، ولصاحب الشأن أن يثبت العكس بمختلف طرق الإثبات بما فيها القرائن"[1]. وتقول في حكم آخر "ولصاحب الشأن أن يثبت العكس بمختلف طرق الإثبات بما فيها القرائن"[2]. وبناء عليه يملك المستدعي إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه بجميع طرق الإثبات، وهي الطرق المعتمدة في الإثبات المدني والتجاري[3] باعتبارها وسائل عامة يلجأ إليها في حالة غياب قانون المرافعات الإداري، فيلجأ القضاء الإداري لأي من طرق

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٤/ ٧/ ١٩٩٣ (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٣، ص١٨٦٦.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢١/ ١١/ ١٩٩٩، قضية رقم ٩٨/٣٥١، قرار رقم (٢٥) غير منشور- وانظر ايضا محكمة العدل العليا الأردنية: ١٢/ ٩/ ١٩٩٩، قضية رقم ٩٨/٣٥٢، قرار (١٢) غير منشور.

(٣) تنص المادة (٢) من قانون البيانات الاردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ على ما يلي (تقسم البيانات الى: ١-الادلة الكتابية ٢-الشهادة ٣-القرائن ٤-اليمين ٦-المعاينة والخبرة).

الإثبات المدنية والتجارية ما دامت ذات فائدة في تحقيق العدالة الإدارية، ولا تتعارض مع طبيعة الإجراءات الإدارية.

ولا شك أن المعاينة هي إحدى وسائل الإثبات المعتمدة في الإثبات الإداري، وبذا يمكن الالتجاء لهذه الوسيلة بصدد أي قرار إداري وفي أي مجال كان، وبذا يملك القضاء الإداري تقرير إمكانية الانتقال للمعاينة في العديد من المجالات لعل أهمها انتقال المحكمة إلى مقر الجهة الإدارية مصدره القرار المطعون فيه للإطلاع على الأوراق والوثائق والملفات إذا ارتأت أن هناك أوراقاً مهمة يحسن الاطلاع عليها في المقار إذا كان يصيب الإدارة بعض العناء من وضعها تحت تصرف المحكمة لمدة طويلة[1]. ولقد تجلت مجالات تطبيق هذه الوسيلة في الميدان العمراني (قوانين التنظيم)، وحماية البيئة والاستملاك[2]. فلقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي للمعاينة لتقرير الإزعاج والضرر الذي يحدثه مصنع للنحاسيات[3]، وتقدير مدى الاعتداء الذي يحدثه تنفيذ رخصة البناء على طبيعة الأماكن المجاورة وطابعها[4]، وتحديد الأجزاء الصغيرة التي يمكن تظهر نتيجة إحصاء الأماكن التي يمكن أن تؤدي إلى حماية مكان من الأماكن[5]، كما لجا القضاء الإداري لوسيلة المعاينة في مجال حماية

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٣١٩ والدكتور مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق، ص٦٧٢

(٢) R. chapus: droit du contentieux aduinistratif,paris, montenrestien, 1982, N532.

(٣) C.E: 20/2/1969,Rec, p72.

(٤) C.E: 31/12/1976, Rec, p585 .

(٥) C.E: 13/3/1970,R.D.p,1971,p224 .

الأماكن والمواقع والبيئة[1] .

وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا نلاحظ أنها اعتمدت وسيلة المعاينة لإثبات عدم مشروعية القرارات المطعون بها في بعض المجالات[2]، خصوصا في مجال التنظيم (القانون العمراني والضبط الإداري والأملاك العقارية، ففي حكم محكمة العدل العليا الصادر بتاريخ ١٩/ ١١/ ١٩٧٨ الذي تدور وقائعه في أن الإدارة قررت رفض تجديد ترخيص مشحمة وغسيل سيارات على طريق (عمان-اربد-صويلح) بحجة أن مكانها يقع على منعطف منحدر وخطر جدا، ويمكن أن يؤدي نظرا لكثافة السير إلى انزلاق السيارات المارة بقربها وفي هذا خطر على السيارات وعلى أرواح راكبيها، فلجأت محكمة العدل العليا إلى المعاينة للتحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني، فتبين لها من خلال الكشف الحسي الذي قررت إجراءه صحة هذه الأسباب الواقعية. فقد وردت التعبيرات التالية في الحكم السابق " وتحقيقاً لصحة الأسباب التي اتخذ منها المجلس القروي مستنداً لقراره بعدم تجديد الرخصة المطلوبة قررت محكمتنا إجراء الكشف على موقع المشحمة بمعرفة ثلاثة

---

(١) C.E: 17/11/1976, R.D.p, 1977, p885--5/1/1979, R.D.P, 1979, p. 1772-10/10/1979, Rec, p379- 10/7/1981,R.D.P, 1982,p510

(٢) يقول الدكتور ادوار عيد " قد يتناول النزاع اشياء مادية يجد القاضي المقرر من اللازم معاينها بالذات كي يثبت من حالتها واوصافها وكل ما يحيط بها لتمكين مجلس الشورى فيما بعد من الاطلاع على حقيقة وضعها واعطاء الحل المقتضي بشانها. واكثر ما يرد ذلك على المسائل العقارية، بيد انه يرد ايضا بالنسبة الى الاشياء المنقولة التي يصعب المجيء بها امام القاضي، كالبواخر والطائرات وغيرها، فيضطر القاضي المقرر الانتقال الى مكان النزاع لمعاينتها، ما لم يقتصر على تعيين خبير لاجراء المعاينة. " القضاء الاداري، الجزء الاول، اصول المحاكمات الادارية، بيروت، مطبعة باخوس وشرتوني، ١٩٧٤ ص٣٨١.

خبراء مختصين وقد جاء قرارهم الذي قاموا به تحت إشراف أحد أعضاء المحكمة ما يؤيد الأسباب التي اتخذها المجلس القروي مرتكزا لقراره بعدم تجديد الرخصة[1] " .

ومن ذات المنطلق السابق وردت التعبيرات التالية في حكم محكمة العدل العليا الصادر في ٦/ ١/ ١٩٧٠ " وحيث انه ثابت بتقرير الكشف الذي أجرته هذه المحكمة بمعرفة مهندس أن المحل المطلوب هدمه كان في الأصل جزءاً من مبنى كامل قائم على قطعة الأرض الموصوفة بلائحة الدعوى وانه قد تم هدم جميع أجزاء المبنى الأصلي ما عدا المحل الذي يشغله المستدعون وان بقاء هذا المحل بوضعه الحالي وبصفته جزءاً من المبنى الأصلي المهدوم يشكل منظراً منفراً وبشعاً وعليه يكون قول المستدعين أن القرارين المطعون بهما مخالفان للقانون وغير مستندين إلى أسباب واقعية صحيحة هو قول مردود "[2] . وتقول محكمة العدل العليا في حكم آخر " وحيث أنه من الثابت بتقرير الكشف أن البناء موضوع الدعوى هو بناء مؤقت ومشوه للمنطقة المجاورة ويسبب إزعاجاً للجوار، فإن قرار اللجنة المحلية بوجوب إزالته والأخطار الصادر عن رئيسها بوجوب تنفيذ هذا القرار يتفقان وأحكام القانون "[3] . وتقول محكمة العدل العليا في حكم آخر " أن اللجنة المحلية قد قررت إزالة أبنية المستدعين المقامة في سوق الحلال المشار إليه آنفا لأنها تشكل مكرهة صحية، بينما ثبت بالكشف

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٩/ ١١/ ١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٧٩، ص٢٤.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية: ٦/ ١/ ١٩٧٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٧٠، ص٤٦.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية: ٢٩/ ٢/ ١٩٧٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٧٢، ص٣٢٥.

الحسي أن الأبنية بذاتها لا تشكل مكرهة صحية وإنما وجود الحلال في السوق هو الذي يشكل تلك المكرهة ولذا فإن القرار بإزالة الأبنية بحجة أنها تشكل مكرهة صحية. لا يستند إلى أساس واقعي سليم"[1].

ويُستفاد مما سبق أن بإمكان القضاء الإداري الالتجاء إلى وسيلة المعاينة في جميع الميادين، وان ظهر مجال تطبيقها في الميادين العقارية والتنظيم والضبط الإاري والأشغال العامة[2]، كما يمكن الالتجاء إليها لإثبات جميع اوجه عدم المشروعية التي يمكن أن تشوب القرار الإداري سواء كانت عدم مشروعية شكلية (عدم اختصاص أو عيب الشكل أو الإجراءات) أم عدم المشروعية الموضوعية (عيب مخالفة القانون أو عيب الانحراف في استخدام السلطة أو عيب السبب) ولكن القضاء الإداري لجأ إلى هذه الوسيلة لتقدير مشروعية الأسباب الواقعية التي تستند إليها القرار الطعين، وعلى الأخص لتقدير الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني.

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ٣٠/٦/١٩٨٦، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٨٧، ص٢٣٤.

(٢) C.E: 31/12/1976,Rec, 585.

# المبحث الرابع
# إجراءات تنفيذ المعاينة

يتعين أن يتم تنفيذ المعاينة وفق إجراءات معينة إذا قررت المحكمة الإدارية جدوى اللجوء إلى هذه الوسيلة وفائدتها للفصل في النزاع سواء قررت ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم. لكن المشرع الأردني لم ينظم تنفيذ عملية المعاينة في قانون البينات، بل تركها لقانون أصول المحاكمات الحقوقية التي نظمها في المواد (٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٦). كما أن قانون محكمة العدل العليا لم ينظم هذه الوسيلة من وسائل الإثبات الإداري، بل حتى لم يشر إليها كليا. وعلى النقيض من ذلك نظم المشرع الفرنسي هذه الوسيلة في المادة (R.137) والمادة (R.138) من تقنين المحاكم الإدارية. وعلى أي حال فإن تنفيذ عملية الانتقال للمعاينة تتم وفق أحد أسلوبين مختلفين هما:

**الأسلوب الأول: إجراء المعاينة دون الاستعانة بخبراء فنيين.**

تتم هذه الصورة إذا قررت المحكمة مباشرة المعاينة بنفسها دون مساعدة أو معاونة خبراء فنيين في موضوع النزاع، فتقوم المحكمة بكامل هيئتها بالانتقال إلى مكان النزاع للتحقق والتثبت من محله إذا ارتأت أن ذلك يساعدها على البت فيه. ولا يشترط في هذه الحالة أن تقوم المحكمة بكامل هيئتها بالانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدته، بل يمكنها انتداب أحد أعضائها للقيام بذلك[1]. ولا شك أن إجراء المعاينة

(١) الدكتور محمد يحيى مطر، المرجع السابق، ص٢٢٤.

دون الاستعانة بالخبرة الفنية لا يكون إلا في الحالات التي تكفي فيها المشاهدة المباشرة لتكوين قناعة المحكمة وعقيدتها[(١)]. ولكن المشرع الفرنسي أجاز للمحكمة الإدارية أو لقضاتها المنتدبين للقيام بالمعاينة أثناء إجراء عملية المعاينة سماع شهادة بعض الأشخاص على سبيل الاستدلال إذا رأت أن الاستئناس بمعلوماتهم تنطوي على فائدة، أو الأشخاص الذين أجريت المعاينة بحضورهم[(٢)].

**الأسلوب الثاني: إجراء المعاينة بالاستعانة بالخبرة الفنية:**

يلجأ القضاء الإداري عادة إلى هذا الأسلوب في المسائل ذات الطابع الفني التي يتعين مشاهدتها على ارض الواقع بصحبة خبير فني أو فريق من الخبراء. وبعبارة أخرى في المسائل ذات الطبيعة المزدوجة التي لا يكفي فيها المشاهدة أو الخبرة الفنية استقلالا، بل يجب اجتماعها معا وفي أن واحد. وعليه تملك المحكمة الانتقال للمعاينة بمساعدة عدد من الخبراء الذين تنتدبهم لإجراء الخبرة الفنية تحت إشرافها ورقابتها. فتقول محكمة العدل العليا في أحد أحكامها "وتحقيقا لصحة الأسباب التي اتخذ منها المجلس القروي، مستندا لقراره بعدم تجديد الرخصة المطلوبة قررت محكمتنا إجراء الكشف على موقع المشحمة بمعرفة ثلاثة خبراء مختصين وقد جاء قرارهم الذي قاموا به تحت إشراف أحد أعضاء المحكمة"[(٣)]. وتقول في حكم آخر

(١) يقول الدكتور احمد نشأت "تحصل المعاينة بمعرفة القاضي في المسائل البسيطة التي لا تحتاج الى كفاءات فنية خاصة، والا فتحصل بمعرفة خبير فني". رسالة الاثبات، الجزء الثاني، القاهرة، الطبعة السابعة، ١٩٩٧، ص٤٣١.

(٢) R. 137 du code des tribunaux adminstratifs.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٩/ ١١/ ١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٧٩، ص٢٤.

" وحيث انه ثابت بتقرير الكشف الذي أجرته هذه المحكمة بمعرفة مهندس "[1].

ويشترط لصحة المعاينة في أي من الحالتين السابقتين أن يحرر محضر بالمعاينة تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة، وان يبين فيه كذلك كل ما تمت معاينته على الطبيعة، بحيث يكون صورة صادقة للواقع[2]. كما يشترط لصحتها أيضا احترام مبدأ وجاهية الإجراءات، وبذا يتعين على المحكمة تحديد يوم إجراء المعاينة وساعته وتاريخه وتبليغه للخصوم في الدعوى قبل مباشرته بفترة معقولة، فلهذه الوسيلة من وسائل الإثبات طابع وجاهي[3].

وإذا قرر القضاء الإداري الالتجاء لوسيلة المعاينة سواء من تلقاء نفسه أم بناء على طلب أحد الخصوم، فجميع ما يثبت لها بالمعاينة يعد دليلا قائما في الدعوى يتحتم على المحكمة الإدارية أن تقول كلمتها فيه[4]. ولكن المشرع لم يبين القيمة

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ٦/ ١/ ١٩٧٠، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٧٠، ص٤٦.

(٢) الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٨٨ وانظر أيضا الدكتور محمد يحي مطر، المرجع السابق، ص٢٢٤

L'art R.137 du code des tribunaux administratifs prevoit qu'il est dresse' proces-verbal de l'opration'.

(٣) C.E: 21/1/1881, Rec, p 100 Selon J'art R.137 du code des tribun aux administratifs 'les parties sont averties du jour et de l'heure auxquels la visite des lieux doit se faire.

ويقول الدكتور محمد يحيى مطر "وقد تتم المعاينة من المحكمة بكامل هيئتها، وللمحكمة ان تنتدب احد قضاتها للقيام بذلك. ويذكر في قرار المعاينة الموعد الذي ستجري فيه". المرجع السابق، ص٢٢٤- ويقول الدكتور ادوار عيد "ويجري المعاينة بالصورة الوجاهية أي بحضور الخصوم او بعد دعوتهم حسب الاصول" المرجع السابق، ص٣٨٢.

(٤) يقول الدكتور توفيق فرج "تعتبر المعاينة من طرق الاثبات المباشرة، وذلك نظرا لاتصالها اتصالاً مادياً بالواقعة المراد إثباتها، اذ عن طريقها تتمكن المحكمة من معرفة حقيقة النزاع، واستخلاص وجه الحكم فيه. ولهذا فإن ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه". المرجع السابق، ص١٨٦.

المعطاه لكل وسيلة من وسائل الإثبات، وبذا يتمتع القاضي بصلاحية تقديرية في وزن البينة. وعليه استقر قضاء محكمة العدل العليا على أنها تتمتع سلطة قضائية في تقدير ووزن ما يقدم لها من الأدلة والشواهد التي قد تجدها كافية لتكوين قناعتها بعدم وجود وقائع مادية تصلح سببا للقرار "[1] ولكن المعاينة من أهم الأدلة في المسائل المادية وقد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا يغني عنه دليل سواها. لهذا قيل وبحق أن الأدلة المادية لا تكذب[2].

ولاشك أن المعاينة وسيلة تكميلية في الإثبات الإداري، إذ يعتمد عليها القضاء لتكملة بيانات الملف ولتعويض النقص القائم فيها حيث يلاحظ ويثبت بنفسه المعلومات التي تؤدي إلى الفصل في الدعوى ما دام أنها ليست فنية ولا تحتاج إلى خبير بشأنها. فالانتقال إلى مكان الوقائع أو الاشياء يساعد في إثبات الملاحظات والبيانات واجراء التحقيقات الادارية، ويمكن القاضي من الاطلاع على بعض المستندات والوثائق والملفات الإدارية التي يتعذر نقلها أو تحديدها سلفا. كما أنها تعين القاضي على استخلاص البيانات بنفسه من واقعها الفعلي والحقيقي[3].

(١) محكمة العدل العليا الأردنية: ١٤/ ٧/ ١٩٩٣ (هيئة عامة)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ١٩٩٣، ص١٨٦٦، وانظر أيضاً محكمة العدل العليا الأردنية: قضية رقم ٣٢١/ ٩٩، قرار رقم ٢٥ تاريخ ٢١/ ١١/ ١٩٩٩ غير منشور

(٢) الدكتور أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، القاهرة، الطبعة السابقة، ١٩٩٧، ص٤٢٩.

(٣) انظر الدكتور احمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص٣٥٥ ويقول المستشار حمدي ياسين عكاشة "المعاينة، من طرق من الاثبات، او وسائل التحقيق التي تعتمد على الواقع الموجود فعلا، فهي وسيلة موضوعية للتحقيق لا تعتمد على عناصر شخصية، وتستهدف حصول القاضي بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها في مكانها". والمرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، الاسكندرية، منشاة المعارف ١٩٩٨، ص١١٤٧.

# خاتمة

يحظى موضوع إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه باهمية كبيرة، فلا قيمة للحق إذا لم يقرر المشرع له حماية قانونية يستخدمها صاحبه لمنع الاعتداء عليه. كما يتجرد الحق ايضا اذا عجز صاحبه عن اثباته أمام القضاء. فالحق الذي لم يقم الدليل عليه ليس له أي قيمة. فالدليل وحده هو الذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون يغدو واجب الاحترام.

ويتميز الاثبات الاداري بصعوبته بالمقارنة مع الاثبات في المواد المدنية والجزائية. ومرد هذه الصعوبة عدة اسباب مختلفة لعل اهمها، حيازة الادارة للادلة الخطية التي يمكن للمستدعي الاعتماد عليها لاثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه. ناهيك عن قرينة المشروعية التي تتمتع بها القرارات الادارية، فيجب على المستدعي اثبات عكس ما يتمتع به القرار محل الطعن من قرينة، فيتعين عليه في دعوى الالغاء هدم ما هو ثابت. فضلا عن عدم تعاون الادارة الواضح مع القاضي الاداري والمستدعي في مجال الاثباتالاداري، فتلجأ عادة الى المراوغة وابداء جميع مظاهر عدم التعاون حتى لا يتمكن المستدعي من اثبات صحة ادعاءاته امام القاضي، وتمكين القاضي الاداري من تقدير مشروعية القرار محل الطعن، والحكم بالغائه بعد ان يتبين له انه غير مشروع.

فإذا خلت جميع القوانين الاردنية المتعلقة بالقضاء الادراي من تنظيم موضوع الاثبات الاداري، فلم يتضمن قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ أي

نص يشير لموضوع الاثبات، فان محكمة العدل العليا اعتمدت وسائل الاثبات المقررة في المواد المدنية والتجارية. فقد اعتمدت وسيلة المعاينة او الكشف الحسي والتي تتمثل في انتقال هيئة المحكمة او احد اعضائها لمشاهدة الاوصاف التي يدعيها المستدعي لتقدير مشروعية القرار المطعون فيه. ويلجأ القضاء الاداري لهذه الوسيلة من تلقاء نفسه او بناء على طلب احد الخصوم في الدعوى. ولكن تقديم احد الخصوم لطلب الانتقال لمعاينة محل النزاع لا يعني ان المحكمة ملزمة بالاستجابة له، بل انها تتمتع بصلاحية تقديرية لتقدير جدوى اللجوء لهذه الوسيلة من وسائل الاثبات. ولكنها تلجأ اليها في المجالات العقارية وتحديدا في ميادين التنظيم العمراني وحماية البيئة والاستملاك ودعاوي التعويض.

ويتم إجراء المعاينة وفق أحد أسلوبين، فإما أن تقوم المحكمة نفسها بمعاينة محل النزاع دون الاستعانة بخبراء فنيين، فتلجأ المحكمة لهذا الاسلوب في الحالات التي تكفي فيها المشاهدة المباشرة لتكوين عقيدتها واقتناعها، وأما أن تجري المعاينة بالاستعانة بالخبرة الفنية خصوصا في المسائل الفنية التي يتعين مشاهدتها على الواقع بصحبة خبير فني او فريق من الخبراء. ويشترط في الحالتين أن يحرر محضر بالمعاينة تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة، بحيث يكون صورة صادقة للواقع.

فإذا كانت وسيلة المعاينة لا تتمتع بقيمة ثبوتية إضافية، أي أن قيمتها في مجال الإثبات لا تزيد على غيرها من وسائل الإثبات الأخرى، وبذا تتمتع المحكمة الإدارية بصلاحية تقديرية في وزن هذه البينة وإعطائها القيمة التي تستحقها، فإن المعاينة تعتبر من أهم الأدلة في المسائل المادية، بل قد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع

الذي لا يغني عنه دليل سواها . فالأدلة المادية لا تكذب .

وننوه أخيرا الى حقيقة أن بالإمكان اللجوء إلى وسيلة المعاينة لإثبات جميع أوجه عدم المشروعية التي قد تشوب القرارات المطعون بها ، فإن الواقع العملي يكشف بأن القضاء الإداري يلجأ لهذه الوسيلة لتقدير مشروعية الوجود المادي للوقائع التي يستند إليها القرار وصحة تكييفها القانوني ، وتقدير مدى جسامتها .



# ملامح فقه القطع والظن عند الإمام الشافعي

# "دراسة أصولية"

إعـــداد

الدكتور / سامي الصلاحات *

**ملخص البحث :**

تمثل هذه الدراسة محاولة جادة للنظر في الطرق والمنهجية الأصولية التي تتعامل مع النصوص والأحكام الشرعية من خلال نظرة تحليلية متحرية لمعنى كل من القطع والظن ومرادفاتهما في دراسات الأصوليين .

إن هذه الدراسة الموسومة بـ : " **ملامح فقه القطع والظن عند الإمام الشافعي** " ، تدرس الفقه الشافعي من خلال بعدين أساسيين :

- دور الشافعي في مسيرة تجديد الفقه في عصره .
- خصوصية طريقة الشافعي في التعامل مع النصوص الشرعيةسواء في ذلك ما أثر عنه هو نفسه ، أو ما ورد عنه في كتب ودراسات من جاءوا بعده من أتباعه والمستفيدين من علمه ودراساته .

وفي سياق هذه الدراسة يحاول الباحث بيان سبب دراسة الشافعي لهذه القضايا الفقهية ومدى حضور مصطلحي القطع والظن في دراساته ، مع إدراج إضافاته وتصويباته وما توصل إليه من نتائج على مدى سني دراسته لقضايا الفقه والتشريع في عصره .

---

* أستاذ مساعد في كلية الآداب والعلوم - جامعة زايد



**المقدمة:**

لقد استخدم الأصوليون مصطلحي القطع والظن في النصوص والأحكام والدلالات كتوصيف منهجي لتمييز درجة ومرتبة هذا النص أو الحكم أو الدلالات عن غيرها، وقد ثبت كلا المصطلحين في كتب الأصوليين ثبوتاً تاماً، حتى لا تكاد تقرأ كتاباً أصولياً متقدماً إلا ورأيت فيه وفرة لذكرهما في كافة المواضع والأماكن.

وفضلاً عن ذلك فإن مصطلحي القطع والظن لم ينحصرا كمصطلحين أصوليين جامدين، وإنما كان الغرض منهما أوسع وأشمل، فهما يعبران عن منهج أصولي عريق يسعى إلى فصل القطعي واليقيني عن الظني والوهم عند الناس وفهمهم وليس في النصوص نفسها، ثم الدعوة لفكر أصيل قائم على تحري القطع ونبذ المظنون.

وحتى نحدد عبارة " تحري القطع ونبذ المظنون "، -كي لا يساء فهم المقصود من العبارة-، هو أن نحاول في اجتهاداتنا وتقديراتنا الشرعية الابتعاد قدر الإمكان عن دائرة الأدلة المختلفة فيها، وعن استعمال الآلات الظنية في الحسم والفصل في القضايا الاجتهادية، بصورة أخرى، أن تكون الأدلة والقواعد اليقينية والقطعية هي الأساس والبناء الأول في توجيه ذهن المجتهد أو المفتي، وأن لا تكون الأدلة المختلفة فيها بين المذاهب الفقهية أو العلماء هي المنطلق في هذا الشأن، لأنه غالباً ما تصدر عن المقدمات الظنية ما هو ظني وغير قاطع.

لقد قام علم أصول الفقه ومن أهم أغراضه بيان معايير القطعي والظني، فترتيب الأدلة وصياغة درجات الأحكام، وتقسيم دلالات النصوص حسب المدارس

الأصولية المختلفة، كلها كانت تسعى إلى بيان القطعي والتزامه، والتقليل قدر الإمكان من مواضع الظن والخلاف.

من هنا، كانت نشأة علم الأصول على يد مؤسسه الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤ هـ) عنواناً مهماً في بيان هذا الفقه، والفقه الذي يقوم على تمييز القطعي عن الظني، ثم بيان رتبة الدليل وبيان القطعي منه بمراتب متفاوتة، ثم بيان علاقته بأحكام الشريعة.

لقد تميز عصر الشافعي بعصر المناهج المختلفة " المتناحرة "، من خلال فرق عقائدية وأحزاب سياسية مختلفة لها برامج وطروحات تناقض بعضها البعض، لكنهم متفقون جميعاً على ضرورة استغلال الشريعة كغطاء شرعي لتبرير أفهامهم وطروحاتهم وأغراضهم، بل وأشخاصهم إذا اقتضى الأمر.

في ظل هذا الجو المشحون بهذه الصراعات والاختلافات، انطلق الشافعي لتأصيل علم الأصول، وبعبارة أدق المناداة بفقه القطع والظن الذي يجمع ولا يفرق، ونبذ الظنون والأوهام عن الشريعة وأحكامها من خلال فهم مراتب الظنون وتطبيقاتها في الفقه.

ويمكن القول، أن الشافعي نجح في تجلية الأمر وضوحاً، ونجح في التلميح إلى هذا الفقه والمناداة به، بل والارتكاز عليه في فهم الشريعة والواقع، والخروج من دوائر الخلاف إلى دائرة الاتفاق على ما هو مقطوع به.

ويمكن أن ندلل على نجاح آخر للشافعي وهو اعتماد الأصوليين فيما بعد على هذا النهج الأصولي في كتاباتهم وطروحاتهم الأصولية المختلفة، فالذي قال به الشافعي

أصولاً وقواعد ما زاد عليه الأصوليون غير التوضيح والبيان والبناء عليه بما يناسب الظرف الزماني والمكاني .

لقد مثل من جاء بعد الشافعي محطات ومفاصل أساسية في بيان هذا الفقه وربطه بالأسس الصالحة للعمل ، كما فعل ابن حزم والجويني والغزالي والرازي ، وابن عبد السلام وابن تيمية وابن القيم والشاطبي و غيرهم ، فكلهم على اختلاف مشاربهم مثلوا محطات مهمة في بيان هذا الفقه كداعٍ للوحدة والاجتماع بين المسلمين .

ونحن في عصرنا الحاضر ، نشعر بالحاجة الشديدة لقيام مثل هذا الفقه الأصولي الذي يقوم على فهم مداخل الشريعة الإسلامية وتمييز القطعي عن الظني منها ، ثم بيان القطع وضرورة الالتزام والعمل به .

بل يمكن القول أن الفصل بين القطعيات والظنيات ما زال ملبوساً على كثير من المسلمين ، الذين يرون في الظنيات بعض الأحيان تقديساً مما يجعلهم يقدمونها على المقطوع به في دين الله عز وجل ، كما نظر الشيعة الإمامية إلى مسألة الإمامة وكأنها ركن الدين وأصله .

لذا كان ينبغي على المهتمين بعلم أصول الفقه وبالفكر الإسلامي عموماً الاهتمام بهذا الفقه ، والعمل على نشره وتوظيفه في خدمة قضايانا المعاصرة ، وعلى حد قول الجويني ( ٤٧٨هـ ) : " فلْنُضرب عن هذه الفنون إضراب من لا يستبدل عن مدارك

اليقين مسالك الظنون "[1].

ولأهمية هذا الموضوع فقد جعلته محلاً للدراسة، وقد جاءت الدراسة في ثلاثة مباحث هي : المبحث الأول : دوافع الشافعي لتأسيس علم أصول الفقه .

المبحث الثاني : أهم المحاور الأصولية في خطاب الشافعي .

المبحث الثالث : فقه القطع والظن في خطاب الشافعي .

## المبحث الأول
## دوافع الشافعي لتأسيس علم الأصول

تكاد تتفق الكثير من الأقلام والآراء التي تناولت علم أصول الفقه تأليفاً وتحليلاً ونقداً على أن الشافعي هو أول من وضع علم الأصول، كقواعد للاستدلال وضوابط للأحكام وطرق لفهم النصوص من أدلتها الكلية .

ولا نريد أن نلج في الخلاف الذي ذكر بأن هناك من سبق الشافعي في الكتابة والتأليف لهذا العلم، لاعتبار أن الذي قام به الشافعي قد فاق ما قام به غيره، ليس فقط في وضع أسس وقواعد لعلم الأصول، وإنما لأنه جاء لسد ثغرات وثلمات باتت تسود الواقع الإسلامي آنذاك .

(١) غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، تحقيق ودراسة : عبد العظيم الديب، ( الدوحة : وزارة الشؤون الدينية، ط١، ١٤٠٠هـ)، ص٣٦٨ .

ولعل هذه الثغرات والثلمات شكلت إرهاصاً للشافعي في تناولها والرد عليها من خلال وضع الأسس الكلية والقواعد الشاملة، لا لتضبط طرق الاستدلال والأحكام للأصولي أو الفقيه، وإنما - وهذا الذي أرجحه غالباً - لضبط أصول الفكر الإسلامي عموماً، فالمبادئ التي وضعها الشافعي لعلم الأصول هي مبادئ سليمة ومنتقاة لضبط أصول الفكر الإسلامي، الذي بدأ يعتل ويضمر من خلال الكثير من الطروحات والأفكار، لعل أبرزها بالقطعيات مقابل مغالاة وتقديس البعض الآخر للظنيات، مما أتاح للشافعي النظر والتأمل في هذا وذاك خلال رحلاته العلمية المتعددة ما بين الأمصار الإسلامية المختلفة، والتي انتهت به للتأكيد على مرتبة القطعيات وفصلها عن مرتبة الظنيات من خلال عرضه المتقن لمنازل الأدلة الأصولية، والتي تعرض لها في رسالته الأصولية التي سماها في نصوصه بـ" الكتاب" وسماها من جاء بعده بـ" الرسالة" .

حتى صدق فيه ما قاله أحمد بن حنبل (٢٤١هـ) عندما قال: " كان الشافعي كالشمس للناس، فانظر هل لهذين من خلف أو منها عوض"[١] .

في هذا المبحث، نحاول التعرض لأهم الظواهر الغريبة التي طرأت على المجتمع العربي والإسلامي آنذاك، وشكلت بلا ريب دوافع قوية في كتابة الشافعي لكتابه الأصولي "الرسالة"، ولتأسيس قواعد علم الأصول، فمن هذه الدوافع :

---

(١) مناقب الشافعي، الرازي، (القاهرة: المكتبة العلامية، ط.ت.)، ص١٨ .

## أولاً: الهوة المنهجية بين مدرسة أهل الرأي ومدرسة أهل الحديث

شكلت المدرسة العراقية "أهل الرأي" أو مدرسة أبي حنيفة (١٥٠هـ) قاعدة عريضة في بلاد الرافدين في تعاملها مع النصوص والأحكام على أساس اعتماد الرأي والتقليل من الاعتماد على الحديث لأسباب موضوعية تراها هذه المدرسة، مما أتاح لها القول ببعض الأدلة التي تخالف في شكلها واستدلالها ما عليه المدرسة الثانية، والتي سميت بمدرسة "أهل الحديث" في المدينة المنورة، والتي قامت على يد مؤسسها مالك بن أنس (١٧٩هـ)، والتي تعتمد على الحديث والنقل، وتقلل قدر الإمكان من الاعتماد على القياس أو الرأي، مما جعلها تعتمد على النقل، خصوصاً النقل المكاني وهو "عمل أهل المدينة"، وتقدمه على خبر الآحاد إذا خالفه، لاعتبار أن إجماع أهل المدينة حجة لا يجوز مخالفته أو معارضته بدليل ظني[1].

في ظل هذا النزاع المنهجي بين المدرستين العريقتين والفقهيتين في نفس الوقت، خرج الشافعي ليشهد هذا التأزم الفكري والتشاحن المنهجي، وهو وإن كان في بدايته متضارباً غير ظاهر، إلا أنه سيشهد خطراً محدقاً إذا لم توضع له الأصول التي تنظمه و تضبطه وتجعله محموداً ومثمراً ونافعاً.

---

(١) مع أن الإمام مالكاً بن أنس رحمه الله تعالى كما يروى عنه أن لم يشأ أنه يكون كتابه الموطأ أو منهجه مطبقاً على جميع الأمصار أو البلدان الإسلامية، وذلك لاختلاف الصحابة وتنوع مذاهبهم في فهم أغوار الشريعة، لذلك عندما طلب منه الرشيد وضع الموطأ كحجة وجامع للمسلمين رفض ذلك، لكن المتبعين لأصول مذهبه ولمن جاء بعدهم من المالكية - خلافاً للمحققين منهم - قالوا بعمل أهل المدينة بطلاقة، وجعلوه مقدماً على خبر الآحاد.

والجميل في مسيرة الشافعي أنه درس كلا المدرستين دراسة مستوفية وناقدة، فتكونت له الذهنية اللازمة في تأصيل الأصول، قال ابن حجر(٨٥٢هـ): " انتهت رياسة الفقه بالمدينة إلى مالك بن أنس، فرحل إليه ولازمه وأخذ عنه، وانتهت رياسة الفقه بالعراق إلى أبي حنيفة فأخذ عن صاحبه محمد بن الحسن حمل جمل، ليس فيه شيء إلا وقد سمعه عليه، فاجتمع له علم أهل الرأي وعلم أهل الحديث، فتصرّف في ذلك حتى أصّل الأصول، وقعّد القواعد، وأذعن له الموافق والمخالف. . "[١].

وبعبارة أخرى، فإن منهاج المدرستين صحيح ومعتبر، لكن هناك نظرات معتبرة وآراء ناقدة للشافعي ضد كل واحدة منهما.

فمثلاً أهل الرأي - وهم أتباع أبي حنيفة- ابتكروا دليل الاستحسان، وهو دليل قائم على الفروع الفقهية وليس على القواعد والأصول، لكن رفض الشافعي هذا الدليل ولم يعتبره، والسبب في ذلك يعود إلى غموض تعريفه وتحديده، لأنه في نظره دليل قائم على الهوى والتلذذ كما سيأتي بيانه لاحقاً.

أما أهل الحديث فقالوا بعمل أهل المدينة، وسموه إجماعاً، وقدموه على خبر الآحاد في بعض الأحيان كما في حديث المصراة، مما جعل الشافعي أيضاً يرفضه، ولا يعتد به ما دام ظني الثبوت، ولم يتحقق به القطع، فكيف يقدم على حديث الرسول ﷺ.

(١) توالي التأسيس لمعالي محمد بن أدريس، ابن حجر، تحقيق: أبو الفداء، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٨٦)، ص ٧٣، كذلك انظر: مناقب الشافعي، الرازي، ص ٣٤.

لقد كان دور الشافعي الفصل والحكم في ترشيد وتوجيه الأفكار نحو القطع، مع عذر المدارس والمذاهب فيما تنازعت عليه في الظنون، فكان دوره مشرفاً في هذا، يقول أبو زهرة: " أما في عصر الشافعي فقد أخذ المنهاجان يتقاربان، وذلك لالتقاء الفريقين واجتماعهما للمدارسة والمذاكرة أو الجدل والمناظرة، وأكثرهم يريدون رفع منار الشريعة ويرجون لها وقاراً. . فلما جاء دوره -أي الشافعي- كان هو الوسط الذي التقى فيه أهل الرأي وأهل الحديث معاً. . "[1].

## ثانياً: الاستكثار في مناقشة القطعيات:

لعل الاهتمام الزائد في اعتماد منهج علم الكلام وجعله فيصلاً وحكماً في فهم الشريعة والعقيدة، قد حفز الشافعي للوقوف ضده والرد عليه، فهو وإن لم يشتهر عنه الخوض فيه، لكنه كما يروى عنه أنه يعرفه حق المعرفة، ولمعرفته به واتقانه له زاد بعده عنه، ورفض منهجه أساساً لفهم نصوص الشريعة والعقيدة، وخصوصاً النصوص القطعية التي لا تقبل الاحتمال في ذاتها ولا سياقها.

يقول عن نفسه رحمه الله: " رأيت أهل الكلام يكفر بعضهم بعضاً، ورأيت أهل الحديث يخطئ بعضهم بعضاً، والتخطئة أهون من التكفير "[2].

ولما سمع أحد تلاميذه وهو المزني ٢٦٤هـ يخوض مع أحدهم بمسائل علم الكلام، قال له: "إن الكلام لا غاية له، تناظروا في شيء إن أخطأتم فيه يقال

(١) الشافعي آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٤٨)، ص ٧٤.

(٢) توالي التأسيس، ابن حجر، ص ١١١.

أخطأتم، ولا يقال كفرتم "[1] .

لذا، سلك الشافعي مسلك الفقهاء والمحدثين في فهم العقيدة وأحكامها، ولم يشأ أن يتخذ منهج المتكلمين طريقاً لفهم العقيدة، لكن هذا لم يمنعه من الاستفادة من منهجهم في التدليل على الأحكام الشرعية وطرق الاستدلال معتمداً على بعض الأساليب الكلامية والعقلية في التدليل على صحة مذهبه الأصولي والفقهي، ولعل هذا ما ميزه عن طريقة الحنفية "الفقهاء" فيما بعد، حتى سُميت طريقته بالطريقة الكلامية أو الشافعية نسبةً لمنهجه الأصولي[2] .

ولعل هذا المنهج هو الأحكم والأسلم والأحوط في تناول العقائد والأصول اليقينية، فلم يخضعها للنظرات العقلية أو التأملات الذهنية . بل الأصل في تناول العقيدة الإسلامية والحديث عنها لا بد أن ينطلق من مصدر يقيني جعله الله لعباده

(١) توالي التأسيس، ابن حجر، ص ١١١، الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص١٣٥ .

(٢) يعتبر المنهج الكلامي منهج جمهور الأصوليين، إذ ينتسب إليه أغلب فقهاء المذاهب إلا المذهب الحنفي . ويقوم المنهج الكلامي على تحقيق القواعد والأصول تحقيقاً منطقياً مبنياً على الحجج والبراهين العقلية، ثم إلحاق الفروع والجزئيات الفقهية بها .
والمثال الذي بين أيدينا يوضح لنا عمق الخلاف في المنهج والتحصيل بين الطريقتين، فالمتكلمون يرون أن السبب هو أول أجزاء الوقت، وبالتالي فإن المكلف مطالب بالأداء لوجوب الصلاة، في حين يرى الحنفية أن السبب لوجوب الصلاة هو الجزء الذي يتصل به الأداء، فإن أديت الصلاة في الجزء الأول كان هو السبب لوجوب الصلاة، وإن أديت في الجزء الذي يليه كان هو السبب . . وهكذا، فالجمهور اعتمدوا الأصل الوارد في قوله تعالى : ﴿ أَقِمْ الصَّلَاةَ لدُلُوك الشَّمْس إِلَى غَسَق اللَّيْل﴾ الإسراء / ٨٧، فجعلوا الدلوك سبباً في وجوب الصلاة، في حين قرر الحنفية في هذا ما ورد في الفروع الفقهية، وهو أن الشخص إذا كان مكلفاً في أول الوقت، ثم طرأ مانع من التكليف، واستمر هذا المانع حتى انتهى الوقت لم تجب عليه الصلاة المفروضة في ذلك الوقت . انظر : أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، (القاهرة : دار نافع للطباعة والنشر، ط.ت.)، ص ١٧ .

المسلمين نبراساً، كما يقول الشافعي : " كل متكلم من الكتاب والسنة فهو الحقّ، وما سواهما هذيان "[1].

**ثالثاً: الأفكار والممارسات الخاطئة للفرق العقائدية:**

عاش الشافعي في عصر تنوعت فيه الفرق الكلامية والعقائدية معتنقة مبادئ وأفكار متباينة ومتنافرة فيما بينها، فالشيعة التي نظرت إلى مسألة الإمامة باعتبارها ركناً من أركان الدين، بل وأصل اعتقاده، ظلت تنازع أهل السنة والجماعة في هذا الأمر، ما جعلهم يضطرون في التدليل على صحة هذا الأصل بفروع عقائدية مستحدثة مثل مسائل عودة الإمام والرجعى والتقية والبراءة من أغلب الصحابة رضوان الله عليهم، وكلها قضايا لم تصح عقلاً ولا نقلاً، فجعلوها في مرتبة القطعيات، وأن لا إيمان إلا بها.

بل زاد الأمر مسخاً واستخفافاً، أن خرجت بعض الفرق التي انشقت عن الشيعة مثل الاسماعلية والباطنية منادية باعتقادات وآراء عائدة إلى وثنيات حاربها الإسلام أصالة وجاء ليقضي عليها مثل نسخ الأرواح، وتقديس الأشخاص، وتأويل النصوص وصرفها إلى معان جديدة لا تقرها اللغة ولا الشريعة.

مقابل ذلك، ظهرت فرقة الخوارج كفرقة عقائدية غالت في جانب التأويل في النصوص ذات الدلالات القطعية، فحملت سيف التأويل وقامت بتأويل النصوص لتنسجم مع نظرتها للواقع السياسي، فتمسكوا بظواهر النصوص وأعملوا آلة التأويل في القواطع، فقالوا "لا حكم إلا لله"، وكفروا الإمام علي بن أبي

(١) توالي التأسيس، ابن حجر، ص١١٠.

طالب رضي الله عنه (٤٠هـ)، لأنه أجاز لنفسه القول في القرآن الكريم، وكفروا مرتكب الكبيرة، معتمدين على قوله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من أستطاع إليه سبيلا، ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾[1].

وأجازوا لأنفسهم قتل المسلم باسم الدين، وزادوا الأمر عجباً وغرابةً أن عصموا دماء أهل الذمة، لأنها كما يعتقدون أنها من وصية الرسول صلى الله عليه وسلم في حفظ دمائهم.

ولعل وجودهم في البادية واتصافهم بأخلاق الأعراب، وفاقتهم المادية، ونزاعهم مع القبائل المضرية قبل الإسلام، والتي حكمت لاحقاً باسم قريش في العهد الأموي أو العباسي، قد أثر على رؤيتهم الكلية للشريعة وأحكامها[2].

في جانب هذا الغلو، ظهرت فرقة المعتزلة كفرقة عقائدية أخرى تناولت مهمة الدفاع عن العقائد الإسلامية في وجه الملاحدة والمنكرين والزنادقة، لكنهم تمادوا في الاعتماد على العقل، وأسسوا لأنفسهم أصولهم الخمسة، والتي استمدوها من وحي العقل في إدارك محاسن الأمور وقبائحها، فـ "المعارف كلها معقولة بالعقل واجبة بنظر العقل وشكر المنعم، واجب قبل ورود السمع والحسن والقبح صفتان ذاتيتان للحسن والقبح"[3].

---

(١) سورة آل عمران/ ٩٧.

(٢) انظر ماذا يقول أبو زهرة عن الخوارج، الإمام الشافعي، ص ١٠٧.

(٣) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ١٢١.

حتى أثاروا قضية العقل والنقل، والتي ما زالت تأخذ أبعادها المختلفة في كل زمان ومكان بطرائق مختلفة، ترجع جميعها إلى محورها الأول وهو صراع العقل مع النقل.

ولقد قضى المعتزلة على أنفسهم وعلى منهجهم العقلي من خلال التمسك بالسلطان والسيف وجعله حجة على رقاب الناس، فأرادوا إلزام الناس بالقول بخلق القرآن، فأثاروا على أنفسهم أحقاد الناس، فلما انقضى عهد السلطان والسيف، انقضى عهدهم بموت الخليفة المأمون والمعتصم والواثق الذين شدوا من أزرهم وقالوا برأيهم في خلق القرآن.

فلما جاء دور المتوكل رُفع الغمام عن الناس، وانتصر خصومهم "أهل السنة" الذين تحلوا بالصبر والثبات على المبدأ والتصدي لظلم السلطان، مع أن المسألة برمتها لا تخرج عن كونها ظنية لا ثمرة من التوسع فيا وإلزام الناس بها، فهي قضية تنزيه لله سبحانه وتعالى، والعقل قاصر عن درك كنه الرب وأسراره.

ولعل الدرس الذي تركه لنا المعتزلة أن السيوف إذا أيدت فروع المسائل وجزئيات الآراء وظنونها فأنها حتماً ستضر بالمناهج التي تتبناها وتحتضنها، وخصوصاً إذا انتهت أزمنة السيوف وهلك سلاطين الجور.

الشافعي من طرفه، انتقد منهج المعتزلة أساساً، لأنه جاء مخالفاً لمنهج السلف في تبني العقائد بأسلوب واضح بعيد كل البعد عن القضايا الكلامية أو الفلسفية.

**رابعا: الأحزاب السياسية ومسألة توظيف النصوص :**

من القضايا التي عاشتها الأمة في عصر الشافعي، والتي أثرت على البنية الفكرية لذلك المجتمع، وخصوصاً بعد موت الخليفة الثالث عثمان -رضي الله عنه-، هو قيام الكثير من الأحزاب السياسية باستغلال النصوص الدينية، لأجل كسب الشرعية وإضفائها على مبادئهم، وأشخاصهم وأعمالهم، مما جعل الأفهام تتنوع بل تتنازع في الكثير من الأحيان في نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، مما زاد من فرقة المسلمين وتناحرهم.

ومن الأمثلة في هذا السياق دليل الإجماع، حيث استغلت بعض الفرق هذا الدليل للتدليل على صحة ما تقوم به وما تعتقده، فمثلاً أن تؤمن فرقة الشيعة الأمامية بأن الإجماع لا يصح إلا بتضافر الأئمة عليه فقط، وأن أي إجماع لا يكون هذا قدره فهو مرفوض وغير معتبر، مما حداهم إلى الابتعاد عن دائرة المسلمين، والاعتزال لدليل لم يصح مفهومه أصلاً.

ولقد أكد الشافعي على هذا الدليل وأهميته، لكنه تلمس له الضوابط المنهجية التي تجعله صالحاً وغير مستغل لفئة أو طائفة، بل هو لعموم مصالح المسلمين وليس لخواصهم، وسيأتي بيان ذلك لاحقاً.

**خامساً: النفوذ الخارجي وظاهرة نقل الأفكار المستوردة:**

زاد النفوذ الأجنبي - وخصوصاً الفارسي - في البلاط السياسي العباسي، لاعتبار أنه من الروافد الأساسية لقيام الخلافة العباسية، مما حفز الكثير من الخلفاء

العباسيين الاعتماد عليهم في إدارة دفة الحكم، خصوصاً في عهد المأمون، وذلك على حساب العرب الذين وقفوا إلى جانب أخيه الأمين. ولأمر آخر وهو أن أغلب المعارضين للدولة العباسية كانوا من العرب الذين رفضوا سياسات تلك الخلافة، وطريقة تسييرها لأمور الدولة.

وهناك دافع لا يخفى دوره أيضاً، وهو فتح باب الترجمة على مصراعيه في زمن بعض الخلفاء، وخصوصاً المأمون، إذ أدى ذلك إلى نقل الكثير من الأفكار والاعتقادات والمبادئ التي تخالف في مضمونها أصول الدين وشرائعه.

وقد ظهر الشافعي شديد المعارضة لهذين الدافعين، فالأول تمثل في تأكيده على عربية القرآن الكريم، وأن كل ألفاظه عربية، مستدلاً بالكثير من الآيات قطعية الدلالة في هذا الشأن، وأنه يلزم المسلم التقيد باللسان العربي في فهم الشريعة وأحكامها، بل ذهب إلى أنه لا تصح الصلاة إلا بقراءة الفاتحة باللغة العربية، وخصوصاً أن العنصر الأجنبي وظاهرة الشعوبية قد انتشرت واتسعت آنذاك.

كما وقد اعترض على الوجود الأجنبي في البلاط السياسي من خلال تأكيده على ضرورة إبقاء الخلافة بقريش، وعدم جوازها لغيرهم، وقد سرد لذلك أحاديث كثيرة.

### سادساً: المقدرة الذاتية على استشراق المستقبل:

ليس غريباً أن نقول أن فكر الشافعي مثل منعطفاً مهماً في تاريخ التشريع الإسلامي، وشكَّل حلقةً مهمةً لمن جاء بعده في فهم الشريعة وأسرارها، ورسم

منهجه طريقاً مشى عليه عظماء علماء الإسلام ومفكريه، ولا زال هذا المنهج الذي وضعه الشافعي سارياً إلى يومنا هذا.

فالمقدرة العقلية التي وهبها الله عز وجل له ليخوض عملاً صعباً لا يقدر عليه إلا من أتاه الله مَلَكة الفهم والقدرة على توصيلها بأسلوب أدبي رائع، بالرغم من وجود علماء وأصحاب مذاهب معتبرة في ذلك الزمان، إلا أن قدرة الشافعي قد فاقتهم في هذا، حيث استطاع أن يُحوِّل اختلافهم في الوسائل والأساليب إلى منهج يُعتمد ويتداول بين الباحثين.

فالمقدرة الذاتية للشافعي تمثلت في استيعابه لمناهجهم، ثم القدرة على الرد عليها، ثم المهارة العالية في توحيد أفهامهم وعقولهم على الاتفاق على المقطوع به.

فمثلاً فهمه لمناهجهم تمثل في عرضه للقياس بقدرة فائقة، فاقت من تكلم فيه بداية ونظر له، وهم الحنفية، يقول الرازي (٦٠٦هـ): " والعجب أن أبا حنيفة كان تعويله على القياس، وخصومه كانوا يذمونه بسبب كثرة القياسات. . ، ولم ينقل عنه ولا عن أحد من أصحابه أنه صنف في إثبات القياس ورقة، ولا أنه ذكر في تقريره شبهة، فضلاً عن حجة، ولا أنه أجاب عن دلائل خصومه في إنكار القياس، بل أول من قال في هذه المسألة وأورد فيها الدلائل هو الإمام الشافعي. . "[(١)].

أما المقدرة على الرد عليه، فتمثلت في الدفاع عن خبر الآحاد أمام إجماع أهل المدينة ودليل القياس، أما الاستطاعة فتجلت في توحيد أفهامهم - واتفاقهم على

(١) مناقب الشافعي، الرازي، ص٥٧.

المقطوع به، وابتعادهم عن دوائر الظنون - بابتكاره ترتيب وتنظيم مراتب الأدلة وتفصيل الدلالات القطعية عن الظنية، يقول أحمد بن حنبل: " ما زلنا نلعن أصحاب الرأي ويلعوننا حتى جاء الشافعي فمزج بيننا "[1].

أي أن الفقه والجدل فيه كان جزئياً وشكلياً، ولم يؤخذ بعده الكلي أو الشامل إلا بعد أن قدم الشافعي، وتحصل على مداخل المدرستين معاً، فالفقه بعده بدأ يتجه: " اتجاهاً كلياً بعد أن كان نظراً جزئياً. . أخذ الدرس يتجه إلى الأصول التي تتفرع منها الأحكام الجزئية "[2].

## المبحث الثاني
## أهم المحاور الأصولية في خطاب الشافعي

لقد استطاع الشافعي أن يلتقي مع أبرز علماء كلتا المدرستين والمؤسسين لهما، وأن يأخذ منهم ويرد عليهم، حتى اكتملت له القوة الذهنية والقريحة الصافية، واستكمل أدوات الاجتهاد في تحديد مذهبه الأصولي، فكتب مدونته الأصولية " الرسالة "، التي استطاع فيها لمّ أطراف هذا العلم وتبويب أبوابه وتهذيب فصوله، حتى صح ما قاله الرازي (٦٠٦هـ) فيه: " ونسبة الشافعي إلى علم الأصول كنسبة

---

(١) الإمام الشافعي وأثره في أصول الفقه، حسن أبو عيد (جامعة الأزهر: كلية الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦)، ١/ ١٦ نقلاً عن ترتيب المدارك١/ ٩٥.

(٢) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص٨٨.

أرسطوطاليس إلى علم المنطق "[1].

فوجدنا في كتبه الأصولية والفقهية توضيحات هامة وإشارات واضحة، وفي بعض الأحيان تلميحات تكاد تقرأ من بين السطور على التأكيد على فقه القطع والظن، من خلال تركيزه على أهم المحاور الأصولية، مثل مرتبة الكتاب ودلالته، والسنة بمراتب أخبارها، كأخبار العامة - التواتر - وأخبار الآحاد، أو الخاصة التي مُثلت في الرسالة خير تمثيل، كما أكد على الإجماع ودوره كدليل تشريعي، ثم عرج على القياس ومفهومه ودلالته، كما لم ينس أن يعلق على بعض أدلة المدارس كدليل الاستحسان والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وغير ذلك من المحاور التي تناولها في جميع كتبه.

### أ. مرتبة الكتاب الكريم:

لعل من أهم ما امتاز به الشافعي رحمه الله التأكيد على مصدر الشريعة، وهو القرآن الكريم، فقد خصه في الكثير من كتاباته وإملاءاته على تلاميذه، وهذا لم ينحصر في الشافعي تحديداً، وإنما هذا ديدن علماء الأصول والإسلام عموماً في جعل القرآن المصدر الأساسي للتشريع، لكن ما زكى عمل الشافعي أنه قام بدراسته دراسة أصولية مقسماً دلالاته، ومفصحاً عن القضايا المتعلقة به، كما تناول الفصل في النزاع المنهجي بين المدرستين، والذي يهمنا هنا تأكيده على فقه القطع والظن في

(١) مناقب الشافعي، الرازي، ص ٥٦، وانظر كذلك إلى دور الشافعي في تأسيس علم الأصول:
Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam, Wale B.Hallaq, (Britain: Variorum, 1994).VII.p.587.

آيات الكتاب العزيز، وكيفية فصل المقطوع عن المظنون من النصوص والأحكام، ولزيادة الأمر تجلية، نقف على استعمال الشافعي لمصطلحي القطع والظن من خلال الاستدلال به في الكتاب أو السنة.

لكن وقبل الولوج في صلب الموضوع، نلحظ أن الشافعي في كتابه "الرسالة" لم يذكر حجية القرآن أو يستدل عليه بالأدلة والشواهد كما فعل مع السنة النبوية، بل دخل مباشرة إلى نصوصه وأحكامه ودلالاته، لاعتبار أن القرآن ليس بحاجة لأن يدلل عليه، فهو مصدر الدين وأس الإسلام، ومن أنكره أو طعن فيه لا حاجة في نقاشه أصلاً.

**ب. مرتبة السنة النبوية:**

يبرز ذلك عند تعرضه للمعضلة التي بدأت تنتشر في زمانه ويستفحل خطرها على بنية المجتمع الإسلامي، وهي عدم الأخذ بالسنة النبوية، والتحجج بأن أحاديث الخاصة "الآحاد" ظنية الثبوت، والقول فقط بأخبار العامة المتواترة باعتبارها قطعية الثبوت.

وذهب البعض الآخر كما يذكرهم الشافعي في رسالته إلى رفض السنة، والتمسك فقط بالقرآن، أو يأخذون بالسنة إذا وافقت القرآن، وغير ذلك من الأفكار والطروحات التي تخالف منصوص القرآن الدلالي.

نجد الشافعي بدأ أولاً بالتفريق بين السنة المتواترة وغير المتواترة، فبدأ بتعريف التواتر فقال: " فكان هذا نقل عامَّةٍ عن عامَّةٍ، وكان أقوى في بعض الأمر من نقل

واحد عن واحد، وكذلك وجدنا أهل العلم عليه مجتمعين " ، باعتبار أن هذا " الذي لا يمكن فيه الغلط من الخبر ولا التأويل ولا يجوز فيه التنازع "[1]، ومن رفض العمل به "وامتنع من قبوله استُتيب "[2].

أما الآحاد فعرفه فقال: " بأنه خبر الواحد عن الواحد حتى ينتهي به إلى النبي أو من انتهى به إليه دونه "[3].

فحاول جاهداً في بيان أنه أولاً من قول النبي ﷺ، وهو مرتبط بمفهوم الطاعة التي قررها الله عز وجل لرسوله ﷺ، وبالتالي لا يسع أحد من أهل العلم عدم الأخذ به، " فلمَّا انتهى إلينا من حديث أصحابنا حديث يُثبته عن النبي صرْنا إليه وكان أولى بنا "[4]، باعتبار أن ما ثبت عن " رسول الله الشيءُ فهو اللازم لجميع من عَرَفَه لا يقويه ولا يوهنه شيء غيره، بل الفرض الذي على الناس اتباعه، ولم يجعل الله لأحدٍ معه أمراً يخالف أمره "[5].

ويرى الشافعي تورعاً وخشيةً أن لا يفهم عنه أنه خالف حديث الرسول ﷺ برأيه، إذ يقول: " وأما أن نخالف حديثاً عن رسول الله ثابتاً عنه، فأرجو أن لا يؤخذ

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص١٣٩، ص ٣٥٧.
(٢) المصدر السابق، الشافعي، ص٤٦٠.
(٣) المصدر السابق، الشافعي، ص٣٦٩.
(٤) الرسالة، الشافعي، ص٢٦٩.
(٥) المصدر السابق، الشافعي، ص٣٣٠.

ذلك علينا إن شاء الله "[1].

ومادام أنه صح عن النبي ﷺ فإنه حجة للأخذ والعمل به، " . . فالحجة فيه عندي أن يلزم العالمين . . . ولو شكَّ في هذا شاكٌ لم نقل له: تُبْ . . . ولكن تقضي بذلك على الظاهر من صدقهم والله وليٌّ ما غاب عنك منهم "[2].

ولم يتعرض الشافعي لمسألة هل الآحاد يفيد علماً أم لا، بل اكتفى بوجوب العمل به من خلال الشواهد التي سردها في ملازمة العمل بأخبار الآحاد، باعتبار أن الحكم بالظاهر، والله يتولى ما غاب عنك.

لكن الشافعي رحمه الله أثار قضية هامة بحاجة إلى نظر واستدلال، وتتعلق بموضوعنا هذا أشد التعلق والتمكن، ألا وهي قضية منزلة السنة من القرآن، وهل صحيح كما فهم البعض أن الشافعي جعل مرتبة القرآن والسنة مرتبة واحدة، أم أن هناك فقهاً ثاقباً وسراً غائراً يخفى علينا؟!.

ينبه أبو زهرة إلى أن هناك ثلاثة مسائل مهمة في هذا الشأن، وهي[3]:

١- أن الشافعي يجعل العلم بالسنة في مجموعها في مرتبة القرآن، لا أن كل مروي عن الرسول مهما تكن طرقه في مرتبة عن الآيات القرآنية القاطعة في ثبوتها، حتى وإن كانت مستفيضة ومشهورة، وقد حدد الشافعي أن مرتبة الكتاب

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص٢١٩.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٤٦١، ص ٤٧٨.

(٣) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ١٨٥.

ومرتبة السنة إذا ثبتت، فالكتاب من حيث الإسناد لانظير له، والإسناد في السنة مراتب تجعل الاستدلال بها مراتب تابعة لذلك.

٢- أن جعل العلم بالسنة في مرتبة الكتاب عند استنباط الأحكام في الفروع، ليس معناه أنها كلها في منزلته في إثبات العقائد، فإن منكر شيء جاءت به السنة ليس كمنكر شيء جاء به صريح القرآن، الذي لا تأويل فيه، لأن العقائد يجب أن يكون ثبوتها بطريق قطعي السند والدلالة.

٣- أن جعل الشافعي العلم بالسنة في مرتبة القرآن عند استخراج أحكام الفروع، لا يتنافى مع كون القرآن أصل هذا الدين وعموده وحجته، وأن السنة فرع وهو أصلها، وإذا كانت في مرتبته عند المستنبط للأحكام الفرعية فلأنها تعاون الكتاب في تبيين ما اشتمل عليه من أحكام.

وتوجيه أبي زهرة كان واضحاً ووافياً، فالسنة بمجموعها قطعية الورود استقراءً، لكنها في الروايات المنفردة تبقى ظنية الثبوت طالما أنها لم تتواتر أو تستفيض، ولعل الشافعي أراد بجمعه القرآن والسنة في مرتبة واحدة الكل لا الجزء، أو عموم السنة لا مفرداتها.

وهناك قضية بحث فيها علماء الأصول بعد الشافعي - وقد أشار إليها في موضع بيان السنة من القرآن - وهي هل تأتي السنة بالحكم الزائد الذي لا نص عليه في القرآن.

وفي هذا يرى الشاطبي (ت٧٩٠هـ) أن السنة راجعة في معناها إلى الكتاب، فلا تجد في السنة أمراً إلا والقرآن دل عليه، ويرى أبو زهرة أن الخلاف في هذا الأمر لا ينبني عليه عمل، بل هو أقرب إلى الخلاف اللفظي، لأن كلا الفريقين يستشهد بالسنة، ولأن الذي يقول أن أصول السنة في الكتاب، يوسع في معنى الأصل، فيجعله يشمل الأصول العامة لا القاعدة التي تشمل أحكام باب من أبواب الفقه[١].

وهنا يجب التنويه بما ذكره الدكتور نصر أبو زيد، عندما اعتبر الشافعي قد وسع من دائرة النصوص الدينية، وقارب بين النص الثانوي والنص الأصلي، " أي القرآني "، حيث قال: " هذه الشمولية التي حرص الشافعي على منحها للنصوص الدينية بعد أن وسع مجالها فحول النص الثانوي الشارح إلى الأصلي، وأضفى عليه درجة المشروعية، ثم وسع مفهوم السنة بأن ألحق به الإجماع، كما ألحق به العادات. . "[٢].

إن هذا الأمر لم يصح علمياً، فالنص الثانوي قد يكون قطعي الدلالة والثبوت كما هو الحال في بعض الأحاديث المتواترة، بل قد يكون قطعي الدلالة فقط، وهذا حال الكثير من أحاديث الآحاد، والتي يُعمل بها في عموم القرآن إذا كانت آياته ظنية الدلالة، ولاعتبار أن الكتاب والسنة وحدة واحدة لا تنفصل بأصولها.

---

(١) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ٢٣٥.

(٢) انظر: الإمام الشافعي وتأسيس الأيديلوجية الوسطية، نصر أبو زيد، (القاهرة: مكتبة مدبولي، ط٢، ١٩٩٦)، ص ١٤٦.

## ج. دليل الإجماع :

تعرض الشافعي رحمه الله لدليل الإجماع، محاولاً في رسالته الأصولية تحديد نقاط الالتقاء والاجتماع بين كافة المسلمين، إذ اعتبر أن الإجماع لازم، فـ" أمر رسول الله بلزوم جماعة المسلمين مما يُحتجُ به في أن إجماع المسلمين إن شاء الله لازمٌ"[1].

ولكن الشافعي كان حريصاً كل الحرص على توظيف هذا الدليل توظيفاً سليماً حتى لا يستغل سياسياً أو مذهبياً، أو يفيد فئة دون أخرى في حكم ما، إذ اعتبر الإجماع هو الذي " لست أقولُ ولا أحدٌ من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلاّ لما لا تلْقى عالماً أبداً إلا قاله لك، وحكاه عن من قبله، كالظهر أربعٌ وكتحريم الخمر وما أشبه ذلك . . "[2]، وهذا ما اتفق عليه الأصوليون فيما بعد وسمّوه ما هو معلوم من الدين بالضرورة[3].

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص٤٠٣.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٥٣٤، ص ٣٥٧.

(٣) وقد استفاد الأصوليون بلا ريب من تأصيل الشافعي لهذا الدليل، فقسموا الإجماع إلى مقطوع ومظنون، فالمقطوع عندهم هو: " ما وجد فيه الاتفاق مع الشروط التي لا تختلف فيه مع وجودها، ونقله أهل التواتر" وهذا المقصود من قول ابن قدامة ٦٢٠هـ أن "الإجماع حجة قاطعة عند الجمهور"، والإجماع المظنون خلافه. وهذا يتحقق فيما هو معلوم من الدين بالضرورة، ويرى الجمهور منهم أن الإجماع هو الوسيلة الفضلى لتحصيل القطع، إذ أنه " المعتصم الأقوى والمتعلق الأوفى في قواعد الشريعة، وهو الوسيلة والذريعة إلى اعتقاد قاطع سمعي". باعتبار أن " الخلق الكثير وهم أهل كل عصر إذا اتفقوا على حكم قضية وجزموا به جزماً قاطعاً، فالعادة تحيل على مثلهم الحكم الجزم بذلك والقطع به، وليس له مستند قاطع بحيث لا يتنبه واحد منهم إلى الخطأ في القطع بما ليس بقاطع، ولهذا وجدنا أهل كل عصر قاطعين بتخطئة مخالف ما تقدم من إجماع من قبلهم، ولولا أن يكون ذلك عن دليل قاطع، لاستحال في العادة اتفاقهم على القطع بتخطئة المخالف"، وبالتالي " احتمال الخطأ في الظن قائم، وهو ممتنع في حق الإجماع". =

لكن استدلال الشافعي رحمه الله على الإجماع بأدلة نقلية أو عقلية، لا تخرج

= وبهذا ترى أنهم حذوا حذوا الشافعي في تقسيمه للمقطوع والمظنون، وبالتالي كان تكفير العلماء لمنكر الإجماع القطعي وليس المظنون به، فـ " قد كثر في أصل الإجماع لأهل الإسلام، والفقهاء إذا أطلقوا التكفير لخارق الإجماع أرادوا به إجماعاً يستند إلى أصل مقطوع به، من نص أو خبر متواتر "، كما يقول الغزالي ٥٠٥هـ.
وتبعه ابن تيمية ٧٢٨هـ بقوله: " والعقول المتباينة لا تتفق على القطع من غير تواطؤ ولا تشاعر إلا لما يوجب القطع، وإلا فلو لم يكن هناك ما يوجب القطع، بل لا يوجب الظن لم تكن الطوائف الكثيرة مع تباين هممهم وقرائحهم وعدم تواطئهم يقطعون في موضع لا قطع فيه، فعلم أنه كان عندهم أدلة قطعية توجب كون الإجماع حجة يجب اتباعها، ويحرم خلافها " . أما الإجماع المظنون عندهم فهو: " ما اختلف فيه أحد القيدين "، وعلى هذا الأساس اعتبر أن التكفير لازماً للأول دون الأخير، يقول ابن النجار الفتوحي ٩٧٢هـ: " . لكن التكفير بمخالفة المجمع عليه، لا بد أن يكون معلوماً من الدين بالضرورة " .
وقد تشددت مدرسة الظاهرية تجاه الإجماع، فهم إن اعتقدوا أن إجماع " علماء الإسلام حجة، وحق مقطوع به في دين الله عز وجل "، لكنهم تشددوا في بيانه لأجل القطع، وإذا دققنا النظر، نجدهم لم يأتوا بشيء جديد فعلياً على ما قاله الشافعي في حق الإجماع القطعي، فقد حصروا الإجماع في عهد الصحابة وبالمقطوع به فقط، بعلة أن إجماعهم " متيقناً مقطوعاً بصحته "، وأنه متحقق في اجتماعهم والتقائهم، أما غيره فلا " سبيل بوجه من الوجوه إلى معرفة ذلك يقيناً، ولا إلى القطع به أصلاً " .
انظر بتوسع إلى كتب علماء الأصول، ونظرتهم إلى الإجماع القطعي: ابن قدامة، روضة الناظر، ص١١٦، ص١٣٥، غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، ص ٥٥، الإحكام في أصول الأحكام الآمدي، ١/ ٢٠٦، ٢٨٢، المنخول في تعليقات الأصول، الغزالي، تحقيق: محمد هيتو (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٠هـ)، ص ٣٠٩، منهاج السنة النبوية، ابن تيمية، تحقيق: محمد سالم رشاد، (لا يوجد مكان للنشر، مؤسسة قرطبة، ط١، ١٤٠٦هـ) ٨/ ٣٥٥، المعتمد في أصول الفقه، أبو الحسين، البصري، ضبط: خليل الميس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٨٣م)، ٢/ ٦٣، شرح العمد، أبو الحسين البصري، تحقيق ودراسة: عبد الحميد أبي زنيد، (المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، ط١، ١٤١٠هـ) ٢/ ٣٥٦، إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، تحقيق ودراسة: عبد الله الجبوري، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٩م)، ص ٦١٧، الموافقات، الشاطبي، ١/ ٢٥، شرح الكوكب المنير، ابن النجار الفتوحي، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، (الرياض: مكتبة العبيكان، ١٩٩٣)، ٢/ ٣٥٣، الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، (القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٩٨٤م)، ٤/ ٥٢٥، ٥٨٤، النبذ في أصول الفقه، ابن حزم، تحقيق وتعليق: أحمد السقا، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨١م)، ص ٢٠.

عن أنها أدلة اجتهادية لا قطعية، فهي وإن كانت ابتكاراً يسجل للشافعي، لكنها لا تخرج عن كونها غير قطعية الدلالة، فالآية الكريمة ذات الثبوت القطعي وهي قوله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا﴾[1]، لا تخرج عن إطار الندب وتفضيل لزوم جماعة المسلمين.

ولقد علق الغزالي (٥٠٥ هـ) رحمه الله تعالى على أدلة الشافعي في الاستدلال على دليل الإجماع، فقال: " والذي أراه أن الآية ليست نصاً في الغرض "[2].

وحاول الشافعي رحمه الله الاستدلال على الإجماع من خلال ربطه بالأصول الكلية للشريعة، وعدم اعتباره في غير ذلك من الفروع والقضايا الجزئية، لأن الاجتماع عليها والإقرار بعدم المخالفة فيها لا يصح في تصوره، لذا رأيناه يقول به في مواضع اليقين، ويبتعد عنه في غير ذلك من القضايا الظنية الفرعية، وخصوصاً في الفقه، وفي هذا السياق يمكن فهم رأي الشافعي في الإجماع السكوتي، حيث يقول انسجاماً مع طرحه للإجماع: " ومتى كانت عامة من أهل العلم في دهر البلدان على شيء وعامتهم قبلهم، قيل يحفظ فلان وفلان كذا، ولم نعلم لهم مخالفاً ونأخذ به، ولا نزعم أنه قول الناس كلهم، لأنا لا نعرف من قاله من الناس إلا من سمعنا منه أو عنه، وما وصفت من هذا قول من سمعت من أهل العلم نصاً واستدلالاً "[3].

(١) سورة النساء/ ١١٥

(٢) المستصفى، الغزالي، الباب الثاني، "كونه حجة على منكريه"، قارن مع شيخه الجويني، حيث قال: " لا مطمع في إسناده إلى دليل قاطع سمعي "، البرهان، الجويني، ١/ ٦٨٣.

(٣) الشافعي، أبو زهرة، ص ٢٥٩ نقلاً عن الأم، الشافعي، ٧/ ١٤٨.

وهنا يجب التعقيب على المؤلف أحمد عبد السلام، الذي زعم أن الشافعي يقول بحجية الإجماع على القضايا الفرعية والجزئية، وخصوصاً إذا توفرت الإمكانية على ذلك، إذ يقول: " وزعم بعض العلماء المعاصرين الذين كتبوا عن الشافعي بأن الإمام الشافعي رضي الله عنه لا يقول بحجية الإجماع إلا في الأمور المعلومة من الدين بالضرورة. . "[1].

وهذا القول فيه نظر، لأننا كما نلمح من مناهج الأصوليين أن الخوض في القضايا الجزئية وإطلاق الإجماع لا يستقيم، بل قد يؤخذ أو يستأنس به ويستدل عليه، ولكن لا يصل إلى مرتبة اليقين القطعي كما هو الحال مع الإجماع القائم على أمور الدين القطعية.

إذ يرى الشافعي أن الإجماع المعتبر ما كان حاله مبنياً على القطع واليقين، يقول: " لست أقول ولا أحد من أهل العلم: هذا مجتمع عليه إلا لما تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك. . كالظهر أربع. . "[2].

ومن ملاحظات الشافعي رحمه الله على هذا الدليل، أنه أراد أن يكون دليلاً مجمعاً لا مفرقاً، وخصوصاً وأن الأمة تعيش في زمانه فترة الفرق والأحزاب وبدايات تكوينها وانطلاقاتها، من هنا كان كثيراً ما يتوقف عند سماعه دعوات الإجماع، بل ينتقدها باسم الإجماع، فقد نقل عنه رحمه الله تعالى قوله: " دعوى

(١) انظر: الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد، أحمد عبد السلام، (لا يوجد مكان نشر، ط١، ١٩٨٨)، ص٣٧٢.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٥٣٤.

الإجماع خلاف الإجماع "[1].

لأن الإجماع عند الخصوم السياسيين والفرق المتناحرة في عصره مصطلح اعتادت تلك الفرق على استخدامه في ضرب بعضهم البعض.

لذا رأيناه يرفض الدليل الذي قال به المالكية، وهو إجماع أهل المدينة، فهو وإن تعلم في رحاب المدينة المنورة، على يد مؤسس مذهبها مالك بن أنس، إلا أنه رفض أن يقول بهذا الدليل، لاعتبارات ونظرات، لا تخرج عن كونه قد أصاب الحق فيما قال، وهو أن هذا الإجماع لا يصح فيه القطع بل الظن، وزاد الأمر سوءاً أن يقدم هذا الدليل على خبر الآحاد، كما هو الحال في حديث المصراة، لذا كان من فقه الشافعي أنه رفض تقديمه على خبر الآحاد، بحجة أنه ليس قطعياً حتى يقدم على دليل غالب الظن أو راجح عند المحققين.

كما أن إجماع أهل المدينة أو أعمالهم تتفاوت فيها المراتب والدرجات، والذي أرجحه أن الذي دعا الشافعي لرفضه، أن حده كان مبهماً وغامضاً، كما هو الحال في حد الاستحسان كما سيأتي بيانه، وقد قال الكثير من المحققين بعد الشافعي برأيه، بعدما تم تحديد درجات عمل أو إجماع أهل المدينة.

**د. القياس:**

اعتبر الشافعي القياس، وعرفه قبل الولوج في تفاصيله ومراتبه، فقال: " ما طلب بالدلائل على موافقة الخبر المتقدم من الكتاب أو السنة "[2].

---

(١) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ٨٣.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٤٠.

وكانت نظرة الشافعي للقياس الفقهي القائم على الاستنباط العقلي من الكتاب والسنة، من دون واسطة منطقية أو فلسفية، أي أنه لم يتعرض أو يتناول القياس المنطقي في مباحث دراسته، علماً أنه كان مستعملاً في نطاق المتكلمين والفلاسفة في عصره.

لقد نظر الشافعي إلى القياس باعتباره ضرورة، خصوصاً في حال انعدام النص في الواقعة ذاتها، ونظراً لأن دليل القياس قائم على الظن الغالب، أي لا يؤدي إلى " علم الإحاطة " وإنما علمه ظاهر ليس إلا، والأصل في الأحكام أنها تؤخذ من مصادر يقينية أو قطعية أو قريبة منها على الأقل، لكن عندما جدت وطرأت وقائع جديدة وحادثة، ليس لها نص واضح الدلالة أو الثبوت لذاتها، أجاز الشافعي لنفسه ولمنهجه تتبع دليل القياس وذلك لفقدان النص والخبر، إذ يقول: " ونحكم بالإجماع ثم القياس وهو أضعف من هذا، ولكنها منزلة ضرورة، لأنه لا يحل القياس والخبر موجود.. "[1].

وقد أيد الأصوليون هذا الفهم في التعامل مع القياس، فالمجتهد يقدر، " غالب الظن في حمل الحادثة على الأصل وإجراء حكمه عليها، فقد قدرنا الظن تقدير العلم "[2].

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص٥٩٩.

(٢) شرح العمد، أبو الحسين، ٢/ ٢٩١.

**لقد قسم الشافعي القياس إلى مراتب:**

قياس أقوى وقياس مساوي وقياس أضعف، وهذا ابتكار للشافعي رحمه الله في نظرته للأدلة، من خلال منظور القطع والظن فيها، فقد اعتمد دليل القياس على هذا الأساس، وقد نجح في توضيح القطع فيه، بناء على أساس تواجد العلة التي هي أساسه، وهذه التقسيمات هي التي اعتمدها الأصوليون فيما بعد، وذلك نظراً لقيامها على نظرة أصيلة، وهي تتبع العلة وربطها بالحكم الشرعي ومقصده، وهذا لا يتم إلا من خلال مرتبة العلة ذاتها.

فأقوى القياس أن يحرم الله في كتابه أو يحرم رسوله ﷺ القليل من الشيء، فيعلم أن قليله إذا حرم كان كثيره مثل قليله في التحريم، وهذا التوع من القياس يكون قوياً نظراً لمرتبة العلة فيه، كقوله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما، . .﴾[1]، فتكون حرمة ضربهما أولى من التأفيف.

أما قياس المساوي، فهو أن تتساوى العلة في الأصل والفرع معاً، كقوله تعالى: ﴿ فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾[2]، فإن العبد يقاس على الأمة في هذا التنصيف إن ارتكب ما يوجب الحد.

وقياس الأضعف، قسمه إلى نوعين[3]:

---

(١) سورة الإسراء/ ٢٣.

(٢) سورة النساء/ ٢٥.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص٥١٢، قارن مع الإمام الشافعي وأثره في أصول الفقه، لأبي عيد، ص٢/ ٦٨٨.

الأول قياس المعنى، وهو أن يستنبط علة الحكم في محل الوفاق، ثم يستدل بحصوله في الفرع على وصول ذلك المعنى فيه. والثاني أن لا يستنبط المعنى البتة، ولكن يرى صورة واقعة بين صورتين مختلفتين في الحكم.

وقد استفاد الأصوليون في التعريج بالقطع والظن على معظم مسالك العلة في القياس بين الأحكام الشرعية، فذكروا مثلاً في تنازع العلتين " أن تكون إحداهما منتزعة من أصل مقطوع به، والأخرى من أصل غير مقطوع به، والمنتزعة من المقطوع به أولى لأن أصلها أقوى "[1]، باعتبار أن " الظن ينمحي في مقابلة القاطع، فلا يبقى معه حتى يحتاج إلى ترجيح "[2].

وقد حاول بعض الأصوليين وخصوصاً ابن حزم (٤٥٦هـ) تشديد مفهوم القياس، وربطه باليقين والقطع من خلال ربطه بالمنطق، وسماه بالقياس المنطقي أو القطعي، ورفض القياس الفقهي الذي قال به الشافعي لاعتبار أنه مظنون، وأن الظن لا يغني من الحق شيئاً، ونحن لسنا بصدد المناقشة هنا، لكن الإطار التاريخي لعلم الأصول يثبت أن القياس الفقهي الذي قال به الشافعي كان عملياً وفعالاً في أحكام الشريعة أكثر من القياس القطعي الذي قال به من أنكر القياس الفقهي، ولو بقي القياس الفقهي ظني الدلالة فلا يسع المجتهد إلا القول به، لأنه ظن غالب مقبول في

---

(١) اللمع في أصول الفقه، إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: يوسف المرعشلي، (بيروت: عالم الكتاب، ط٢، ١٩٨٦م)، ص٣٢٤.

(٢) المستصفى الغزالي، ٢/ ٤٨٤.

إثبات الحكم، "والعمل بالظن الراجح متعين"[1].

وخصوصاً وأن الشافعي كان دائم الربط بين القياس ونصوص الكتاب والسنة، فقد قال الشافعي في إحدى مناظراته مع محمد بن الحسن: "فنحن ندعي القياس أكثر مما تدعونه، وإنما يقاس على الأصول، فمن لا يعرف الأصول لا يعرف القياس"[2].

### هـ: الاستحسان

انتقد الشافعي الاستحسان وذلك لغموضه اصطلاحاً وتطبيقاً، فلم يعرف الاستحسان تعريفاً دقيقاً من قبل مستعمليه من الحنفية أو المالكية، وإنما كان تطبيقات تعود إلى قدرات المجتهد وخبرته في توجيه النصوص وتفسيرها، من خلال اطلاعه

(١) روضة الناظر، ابن قدامة، ص٢٥١. يفرق الأصوليون بين القياس القطعي الذي يسمونه بالبرهان، والقياس الظني الملقب بالقياس الفقهي، فالمثال الذي يذكرونه في مصنفاتهم هو: كل نبيذ مسكر وكل مسكر حرام، فلزم أن كل نبيذ حرام، فهاتان مقدمتان إذا سلمنا على هذا الوجه لزم بالضرورة تحريم النبيذ. "فإن كانت المقدمات قطعية سميناها برهاناً، وإن كانت مسلمة سميناها جدلياً، وإن كانت مظنونة سميناها قياساً فقهياً"، وعلى ذلك يكون القياس المظنون لا مجال له في القطعيات.
ويُعرف القياس المنطقي بأنه: "قول مؤلف من مقدمات يلزم من تسليمها لذاتها قول آخر". أي أن القياس الفقهي الذي عليه الأصوليون ظني، لكن ومع ظنيته، قد يكون قطعياً في حال كانت العلة ثابتة في الأصل ووجودها في الفرع أثبت، فعندها يكون القياس الفقهي قطعياً. وهناك من العلماء من لم يسعه أن يسميه قياساً، وإنما سماه مفهوماً لموافقة، ليس فيه إعمال عقل وبحث عن علة.
انظر بتمعن: المستصفى الغزالي، ١/ ٨٥، المنخول، ص ٣٠٦، روضة المناظر، ابن قدامة، ص٢٢، شرح الروضة، الطوفي، ٣/ ٣٢٠، كذلك انظر بحثنا: القياس القطعي بين ابن حزم وابن تيمية، (لندن: مجلة الحكمة، العدد الثالث والعشرين، ١٤٢٢هـ).

(٢) مناقب الشافعي، البيهقي، تحقيق: أحمد صقر، (القاهرة: دار التراث، ط١، ١٩٧١)، ١/ ١٨٤.

ومقدرته[1].

لذا لم يكن مستغرباً أن ينتقده الشافعي انتقاداً شديداً، ويعتبره من اللذة العقلية أو الهوى، الذي لا يحكمه إطار، وبالتالي صار الاستحسان ينطلق من المجتهد وعقله، دونما دليل يقيده أو يتبعه، والأصل في الاجتهاد عند الشافعي أن ينطلق المجتهد من دليل قطعي أو يقيني في اجتهاده، والقطع واليقين لا يتحصل إلا في الكتاب أو السنة، على أن " ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء حلّ ولا حرم إلا من جهة العلم، وجهة العلم الخبر في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس "[2].

أما خبرة المجتهد وتمرسه في أحكام الشريعة أو نصوصها فلا يستقيم، لأن المجتهد في النهاية بشر، يخطئ ويصيب، وليس له عصمة الرسل، يقول الشافعي: "ليس لأحد دون رسول الله ﷺ أن يقول إلا باستدلال .. ولا يقول بما استحسن، فإن القول بما استحسن شيءٌ يحدثه لا على مثال سبق "[3].

---

(١) يجدر الإشارة هنا إلى أن الحنفية والمالكية الآخذين بالاستحسان يريدون به معنى غير المعنى الذي يريده الشافعي، وإن الخلاف في المسألة خلاف لفظي واصطلاحي، ولا مشاحة في الاصطلاح، لأن الإمام الشافعي لا يمنع العدول عن القواعد العامة إذا قام على ذلك دليل في بعض الأحوال وهو ما قال به الجمهور، بل أثر عنه نفسه أنه قال استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً واستحسن في ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة. انظر: أصول الأحكام، الآمدي ٣/ ٢٠.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٣٩.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص٢٥.

وقد انتقده الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) في القرن السادس الهجري أيضاً، واعتبره هوساً لا يصح أن يضم في مسائل العلم وتفريعاته[1] .

أي أن الاستحسان اصطلاحاً لم يحدد، أو لم تتفق أقوال الواضعين له كي يسلم من المعارضة[2] .

**و: المصالح والذرائع :**

انسجاماً مع طرحه في تبني القطعيات ومحاولة الابتعاد عن الظنيات والفرعيات في تأصيل الأصول، يرى الشافعي بدايةً أن الكتاب والسنة أصليان قطعيان يقينيان ثم يتبعها - بالاجماع اليقيني - وبذلك يتحدد للمجتهد إطار مذهبه وفتواه، غير أن هناك أدلة تابعة، مثل القياس، فهو وإن كان من علم الظاهر أو الظن الغالب، إلا أنه يساعد على درك الحكم والعلة التي من أجلها جاء النص القطعي للنظائر .

ومن هذا الباب كانت نظرته إلى الأدلة الباقية التي قال بها بعض الأصوليين، مثل الاستحسان والمصلحة وسد الذرائع، والاستصحاب وقول الصحابي وغير ذلك .

---

(١) المستصفى، كتاب الاستحسان، الغزالي، كذلك انظر إلى نقض الشافعي للاستحسان، الرسالة، الشافعي، ص٥٠٣ وما بعدها .

(٢) فقد عرفه أبو الحسن الكرخي بقوله : " العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى " ، نقلاً عن الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد، أحمد عبد السلام، ص ٤١٠ .

وقد تعارف بعض الأصوليين على أن الشافعي أو الشافعيين فيما بعد لم يعتدوا بالمصلحة المرسلة كأصل شرعي يبنون عليه ويستدلون به، إلا أن الصحيح - الذي عليه المحققون - أنه قال بها ليس كدليل منفصل، وإنما كأصل معتبر ملائم للأصول القطعية في الكتاب أو السنة، وتم له هذا من خلال استقرائه للنصوص القرآنية والحديثية.

فهو لم يرفض العمل بها إذا كانت ملائمة وداخلة تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، فهي لا تحمل معنى الاستحسان الذي رفضه الشافعي، لأن هناك نصوصاً كثيرة شهدت لهذا الأصل.

قال الزنجاني (٦٥٦هـ): " ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز "[(١)].

وضرب أمثلة على ذلك، منها أن العمل القليل لا يبطل الصلاة والعمل الكثير يبطلها، وهذا التقدير ليس له أصل خاص يستند إليه، وإنما استند إلى أصل كلي، وهو في كليات الشرع أن الصلاة مشروعة للخشوع والخضوع، فما دام الإنسان على هيئة الخشوع يُعد مصلياً.

والراجح من مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه لم يحتج بالمصلحة المرسلة كدليل مستقل، وإنما اعتبرها من ضمن قوله بالقياس، حيث عرج على الأصول المعللة

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، حققه: محمد أديب صالح، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٩٨٧)، ص٣٢٠.

مشبهاً لها كل المعاني المرسلة، وجعل الاستدلالات والعلل المعتبرة مدخلاً مقبولاً للمصلحة، بشرط أن تتلاءم مع كليات الأحكام، لذا كانت ثمرة اهتمام الشافعي بالقياس ومفرداته قوله بالمصلحة، وهذا الأمر متحقق في المصلحة المرسلة بمعناها الاصطلاحي.

مثلاً إعطاء الشارب حد القاذف، قياساً على الخلوة بالأجنبية، بجامع أن في كل من الأصل والفرع إقامة مظنة الشيء مقام الشيء، وإعطاء المظنة حكم المظنون، لأن مقام الخلوة بالأجنبية مقام الوطء في التحريم، لأن الخلوة مظنة له، فقد ظهر أن الشارع اعتبر المظنة التي هي جنس لمظنة الوطء، ولمظنة القذف في الحكم، الذي هو جنس لإيجاب حد القذف ولحرمة الوطء[1].

وقد أسهب في هذه النقطة الشاطبي (٨٩٠هـ) عندما اعتبر هذه الروح العلمية في تأصيله للمقاصد الشرعية، مؤيداً الشافعي في هذه النظرة، إذ يقول: " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح يُبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل بمجموع أدلته مقطوعاً به، .. مثل الاستدلال بالمرسل الذي اعتبره مالك والشافعي، فهو وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين.. "[2].

---

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، حسين حامد، (القاهرة: مكتبة المتنبي، ١٩٨١)، ص ٣٢٨.

(٢) الموافقات، الشاطبي، ١/ ٢٧.

وقد ذكر بعض الشافعيين على أن الشافعي قد اعتبر المصلحة المرسلة، فيرى الزنجاني (٦٥٦هـ) في مسألة قتل الجماعة بالواحد، أن نظرة الشافعي لها مستمدة من أصل كلي يقيني في الكتاب والسنة، فهو وإن كان من حيث الصورة عدوان وظلم وعدم إنصاف، لأن الجزاء مقيد بالمثل، و﴿إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[١]، لكن الأصل الكلي اليقيني في الكتاب المستقرأ من جملة نصوص تضافرت على حقن الدماء وصونها، وبالتالي كان حسم مواد القتل واستبقاء جنس الإنسان مطلباً ضرورياً، لذا كان هذا المثال مؤيداً لنظرة الشافعي في الأخذ في المصالح الملائمة، المؤيدة للأصول الكلية في القرآن أو السنة[٢].

كذلك اعتماده على جواز القياس في الأسباب، فالقتل سبب للقصاص، والعلة هي الزجر عن القتل حقناً للدماء، فنظرنا أن قتل الشريك يحقق هذه الحكمة، فإذا كان مآل القياس في الأسباب التعليل بالمصالح واعتبارها، فهذا يعضد ما اعتبرنا أن الشافعي أحسن في توجيه أصول منهجه على القطع واليقين.

وقد نقل عنه الجويني (٤٧٨هـ)أكثر علماء الشافعيين نظرة إلى القطع واليقين، وأكثرهم حرصاً على توظيف أصول المذهب على هذا الأساس، أن نقل عن الشافعي قوله: " إنا نعلم قطعاً أنه لا تخلو واقعة من حكم الله تعالى معزى إلى شريعة محمد ﷺ. . "[٣].

---

(١) سورة النحل/ ١٢٦.

(٢) تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، ص٣٢١.

(٣) نظرية المصلحة، حسين حامد، ص ٣٥٤.

وقد ترجم الجويني هذا الفقه للمجتهد، وخصوصاً عندما تنعدم الأدلة ومراتبها، فيقول: " فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات، لم يخض في القياس بعدُ، ولكنه ينظر في كليات الشرع ومصالحها العامة "(1).

أما نظرته إلى سد الذرائع، فكانت ملازمة لنظرته للمصلحة، وكذلك لفهمه لأسس القطع والظن في الأدلة والأحكام، فهو يرى أن سد الذرائع معتبر من خلال اعتباره لغلبة الظن المعمول بها.

يقول الشافعي: " إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل، وكذلك ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله تعالى . . فإن كان هذا هكذا، ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام "(2).

لكن خلاف الشافعي مع المالكية والحنابلة، الذين اعتمدوا هذا الدليل، وربطوه بالمقاصد والنيات والبواعث، وأجروه في العقود والصيغ بسلاسة وطلاقة، أنه لا يصح، لاعتبار أنها تخالف نظرته لعلم الباطن والإحاطة، وأنه لا يمكن التدليل على البواعث والنيات، لأنها من الأسرار التي لا يحاط بعلمها إلا من قبل الله تعالى.

فالشافعي يبحث عن دليل ملموس لنقضه هذا العقد، لكن عندما لم يتحصل عليه ولم يعتبر موضوع النية والباعث، أجاز بيوع الآجال التي حرمها المالكية والحنابلة، بناءً على دليل سد الذرائع، فالشافعي كان همه منصباً على علم الإحاطة

---

(1) البرهان، الجويني، 2/1338.

(2) نظرية المصلحة، حسين حامد، ص 392، نقلاً عن الأم، الشافعي، 3/ 272.

الذي يؤصل له في منهجه، أنه لا يجوز التحريم أو التحليل إلا من خلال علم محاط به، فالعبرة بما جاء في صلب العقود والألفاظ، لا بما حوته النفوس والقلوب، فإذا كثرت الأمارات والظنون، ولم يقطع بها، لا يؤثر ذلك على صحة العقد.

يقول الشافعي رضي الله عنه: " ولو جاز أن تبطل من البيوع بأن يقال متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل كان أن يكون اليقين في البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن، ألا ترى رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالاً، وكانت النية بالقتل غير جائزة ولم يبطل بها البيع . . "[1]. ويقول في موضع آخر: " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتابعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إن كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . . "[2].

وقد رجح الشاطبي (٧٩٠ هـ)أن سد الذرائع من الأدلة القطعية، وأن الشافعي قد أخذ بهذا الدليل على العموم من خلال الاستقراء الذي اعتمده الشافعي في أصوله، فقال: " أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها، وليس في ذلك نص صريح من كتاب أو سنة . . لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر رجح على غيره، فأعمله، فترك سد الذريعة لأجله، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد

---

(١) نظرية المصلحة ، حسين حامد، ص ٤٠٤ نقلاً عن الأم، الشافعي، ٧/ ٢٧٥.

(٢) الأم، الشافعي، تصحيح: محمد النجار، (بيروت: دار المعرفة، ط.ت.)، النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة، ٣/ ٧٤.

مخالفاً "[1].

لقد كانت نظرة الشافعي لسد الذرائع موفقة، وذلك لأنه لم يشأ أن يبدأ فقهه، أو يؤصل لمنهجه على أدنى درجات الظن أو الزكانة، حيث قال: " ولهذا كله نبطل حكم الأزكان في الذرائع في البيوع وغيرها . . ولا أفسد البيع ههنا بالنية "[2].

ولعل هذا ما دعا الأستاذ محمد أبو زهرة إلى اعتبار أن الشافعي اعتمد في تفسيره للشريعة على التفسير المادي، حيث قال: " وهكذا نجد الشافعي يسلك في تفسير الشريعة الإسلامية في أصولها وفي فروعها وفي أقضيتها مسلك الظاهر لا يعدوه، لأن غير الظاهر الأخذ به أخذ بالتظنين أو التوهم، فيكون الخطأ كثيراً والصواب قليلاً، والأحكام تناط بأمور مطردة لا بأمور غير مطردة "[3].

## ع. تنظير مبكر لمقاصد الشريعة:

يلحظ أن الشافعي قد أوجد بذرة مقاصد الشريعة الإسلامية بفضل أصول منهجه واجتهاده، ووضعه لقواعد وعلم أصول الفقه، وبعبارة أخرى، لقد أوجد الشافعي بقوله بالأدلة الشرعية مدخلاً هاماً للتوصل لمراد الشرع، من خلال فهم آلياته

---

(١) انظر: الموافقات، الشاطبي، فصل العموم والخصوص، مسألة تثبيت العموم بالصيغة وإما باستقراء الوقائع الجزئية.

(٢) نظرية المصلحة، حسين حامد، ص٤١١ نقلاً عن الأم، الشافعي، ٤/ ٤٢.
الأزكان، من أزكنه، أي علمه وفهمه وتفرسه وظنه، والأزكان أن تفهم الأمر بالفراسة والظن، والاسم الزكانة، وهي الفراسة. انظر: المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، (قطر: إدارة إحياء التراث الإسلامي، ط.ت.)، ١/ ٣٩٦.

(٣) الإمام الشافعي، محمد أبو زهرة، ص٣٢٣.

وأسس نصوصه، فالكتاب والسنة هما الخبر اللازم عن الشرع، وكل ما ورائهما تبع لهما، وعليه فتأسيس القواعد أو الأحكام ينبغي أن ينبثق عنهما، فهو يريد الأصول التي ترجع بالاستقراء إلى جملة نصوص تضافرت على معنى واحد قد أفاد القطع واليقين، ولا يريد أن تكون هذه الأصول قائمة على نصوص ذات أصول ظنية، بل لا بد أن تنبثق من أصول قطعية يقينية في ثبوتها، كالقرآن والسنة المتواترة، وأن لا تحتمل أوجه متعددة في الفهم والتأويل.

وقس على هذا ما أيد به الشافعي منهجه في الاستدلال والاستنباط، مثال ذلك عندما اعتبر دليل القياس، إذ نظر في عدة نصوص نقلية وعقلية تؤيد ما ذهب إليه في الاحتجاج بالقياس، كما هو الحال في ذكره شهادة العدل وجزاء قتل الصيد والتوجه إلى الكعبة وغير ذلك.

اعتقد غير مغال أو مسرف أن الشافعي أسس للمقاصد بصورة أولية، ولو سمح له العمر أو طالت به الأيام واستقر على مذهبه، لكان له فيه خير مقال وكلام، يكفي أن كل المؤسسين والمنظرين للمقاصد اعتمدوا على ما كتبه الشافعي وتلاميذه في الأصول، وأخص ما في ذلك تفريعاتهم في القياس والمصالح الملائمة، المنبثقة عن الأصول الكلية في الكتاب والسنة، فالشاطبي مثلاً كان أكثر اعتماده على الجويني والغزالي أبرز علماء الشافعية بعلم الأصول.

فاعتماد الشافعي على الأصول الكلية التي تشهد لجنس معين من المصالح هي أول خطوات الظفر بالمقاصد، لاعتبار أن المصالح هي الوجه الأبرز لمقاصد الشريعة.

ينتج من هذا، أن الشافعي أسس أو مهد لمقاصد الشريعة من خلال عدة مراحل، هي:

١- تأسيس علم أصول الفقه وترتيب أدلته، من خلال اعتبار الكتاب والسنة الأصل الكلّي للشريعة الإسلامية.

٢- اعتبار القياس وتحديد معالمه كمدخل عقلي لدرك غلبة الظن في الوقائع المستحدثة التي لا نص عليها، لاعتبار أن غلبة الظن مقبولة في العمل.

٣- إبطال الاستحسان كدعوى عقلية ليس لها منطلق قطعي أو دليل يقيني يضبطها.

٤- اعتبار المصالح الملائمة التي ترجع إلى جنس اعتبره الشارع، من خلال إعمال الاستقراء، والذي استعمله الشافعي للتوصل إلى الجنس الشرعي المعتبر.

٥- اعتبار بعض مرامي الشرع، كالكليات الملائمة للنصوص، وذلك بنظرة كلية للشريعة وأحكامها.

## المبحث الثالث
## فقه القطع والظن في خطاب الشافعي

بعدما تعرضنا إلى أهم المحاور الأساسية في الخطاب الأصولي للإمام الشافعي، نتعرض بصورة موجزة ومختصرة عن صيغة القطع والظن عند الإمام الشافعي من خلال التعريف والاصطلاح. ثم نتبع ذلك بالفقه التطبيقي.

## ١- مصطلح القطع عند الشافعي

من العجيب أن الشافعي لم يستخدم أي صيغة من صيغ القطع عند حديثه عن الأحكام وأدلتها، أو عند حديثه عن ثبوت الدليل وقطعيته، بل وجدناه يُعرف القطع وإن لم يذكره لفظاً، أي أنه اهتم بروح القطع الأصولي الذي استخدمه الأصوليون فيما بعد، وكأن هذا المصطلح - والله أعلم- لم يُعرف ولم يشتهر في أيام إمامنا[١].

فقد قال في تعريف القطع الدلالي " منها، ما أتى الكتابُ على غاية البيان فيه، فلم يُحْتَج مع التنزيل فيه إلى غيره "[٢]، وهذا عين ما عرف به الأصوليون قطعي الدلالة فيما بعد[٣].

---

(١) استخدم الشافعي كلمة "القطع"، لكن كان سياقها فقهياً وليس أصولياً، فقد استعملها عندما تكلم عن عقوبة السرقة وحدها وهو قطع يد السارق، انظر مثلاً مواضع متعددة في كتابه الشافعي، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، (القاهرة: مكتبة التراث، ط٢، ١٩٧٩)، ص ٢٢٣، ص٥٤٧.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص ٣٢.

(٣) لقد تكلم الأصوليون عن القطع بإجمال، وماذا يعني، فذهب الجويني ٤٧٨هـ إلى تعريف القطع في الأصول فقال: " . . ومنه النصوص المقطوع بها التي لا تقبل التأويل والصرف عن مقتضاها وفحواها لا حقيقة ولا مجازاً"، وقد أفصح الطوفي ٧١٦هـ عن هذا بصورة واضحة حيث اعتبر الجازم بدايةً هو: "القاطع الذي لا تردد فيه وبه يخرج الظن والشك والوهم"، وفي موضع آخر سماه المعلوم الذي لا يحتمل النقيض كالبديهيات والتواتريات. وخلال شرحه للروضة التي صنفها ابن قدامة ٦٢٠هـ يذهب الطوفي إلى توضيح القطع في أكثر من موضع، فعندما يتكلم عن الاجتهاد وعلاقته بثبوت الدليل، يقول: " القطعية ما وجب اعتقاد الحكم فيها قطعاً ولم يجز اعتقاد نقيضه ولا جوازه وإن كان محتملاً، . . فما دل عليه دليل قاطع لا يحتمل الخلاف أو احتمله احتمالاً ضعيفاً ليس له من القوة ما يُعول عليه لأجله فهو قطعي" وعندما يقابلها بالاجتهادية وماذا تعني، فـ" الاجتهادية بخلافه. . وما دل عليه دليل ظني يحتمل النقيض احتمالاً قوياً يُعذر فيه من صار إليه عقلاً وعرفاً فهو اجتهادي". وعندما يعتبر أن الإجماع حجة قطعية، يبين ما المراد بذلك، فيقول: " . . أن الإجماع حجة قاطعة وكان القاطع يطلق تارة على ما لا يحتمل النقيض كقولنا الواحد نصف الاثنين. . وتارة يطلق على ما يجب امتثال موجبه قطعاً ولا يمتنع مخالفته شرعاً ". وعندما يتكلم عن النص وماهيته، يرى أنه: " ما يفيد بنفسه من غير احتمال"، ولا يحتمل غيره قطعاً كأسماء الأعداد. =

أما قطعي الثبوت، فقد تعرض له عندما قال " قلنا: أما ما كان نصّ كتاب بيِّن -أي قطعي الدلالة – أو سنة مجتمعٍ عليها– ي السنة المتواترة–، فالعذر فيها مقطوعٌ ولا يسع الشكُّ في واحد منهما، ومن امتنع من قبوله استُتيب "[1]، وفي موضعٍ آخر قال" قلتُ: نعم يُحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها الذي لا اختلاف فيها، فنقول لهذا حكمنا بالحق في الظاهر والباطن "[2].

لذا يمكن القول أن القطعي الدلالة هو : " . . ومنه النصوص المقطوع بها التي لا تقبل التأويل والصرف عن مقتضاها وفحواها لا حقيقة ولا مجازاً . . " [3].

وقطعي الثبوت هو ما تعلق بالسند، وهو ما تيقنا أن رسول الله ﷺ قاله وأراد به تلك الصورة، فهذا يجب اعتقاد موجبه علماً وعملا[4].

---

= ومع هذا الإثبات، يتكلم الأصوليون عن الدلالة والثبوت القطعية، بأن يكون النص قطعي السند والمتن، وهو ما تيقنا أن رسول الله ﷺ قاله وأراد به تلك الصورة، فهذا يجب اعتقاد موجبه علماً وعملاً. وإذا تعارض القطع والظن يقدم المقطوع، فمثلاً: "القرآن مقطوع به وخبر الواحد غير مقطوع به، فلا يجوز ترك المقطوع به لغيره كالإجماع لا يترك بخبر الواحد".
انظر بتوسع: التلخيص في أصول الفقه، الجويني، تحقيق: عبد الله النيبالي وشبير العمري، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٩٩٦م)، ٢/ ٩٩، شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي، تحقيق: عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٧م)، ١/ ١٧١، ١/ ١٥٦، ٣/ ٦١٦، ٣/ ٢٩، ١/ ٥٥٤، ، ٣/ ٣٠، ٣/ ١٤٢، الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة، راجعه: سيد الدين الكاتب، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٩٨١م)، ص ١٥٦، مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن القاسم، (لا يوجد مكان نشر، مكتبة ابن تيمية، ط٢)، ٢٠/ ٢٥٧، إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، تحقيق ودراسة: عبد المجيد تركي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٨٦م)، ص ١٦٩.

(١) الرسالة، الشافعي، ص٤٦٠.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٥٩٩.

(٣) التلخيص في أصول الفقه، الجويني، ٢/ ٩٩.

(٤) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٠/ ٢٥٧.

لكن مع هذا التحليل، يمكن أن ينظر بعين الاعتبار إلى مصطلح استعمله الشافعي في أكثر من موضع في رسالته الأصولية، ألا وهو مصطلح "الإحاطة"، ولعله أراد به القطع اليقيني الذي لا مرية فيه، حيث قال: " فالإحاطة منه ما كان نص حكم لله أو سنة لرسول الله ﷺ نقلها العامة عن العامة، فهذان السبيلان اللذان يشهد بهما فيما أحل أنه حلال . . وهذا الذي لا يسع أحداً عندنا جهله ولا الشك فيه "[1].

وهذا أساس معنى القطع الأصولي في طرفيه الدلالي والثبوتي.

### ٢- مصطلح الظن عند الشافعي

كما أنه تعرض إلى مصطلح القطع بقسميه، " الثبوت والدلالة"، فقد تعرض لهما مرة أخرى عند حديثه عن الظن، بل وأشار إلى أحد مراتب الظن وهو الظن الغالب.

فعند حديثه عن تفسير الآيات والأحاديث كان يتعرض للظن الدلالي، فيقول " فهو الذي يقول له: أظهر المعاني . . يلزم أهل العلم القول به "[2]، وعند تعرضه لاختلاف بين حديثين، يقول: " أو يكون على الأثبت منهما دلالة من كتاب الله أو سنة نبيه أو الشواهد التي وصفنا قبل هذا، فنصيرُ إلى الذي هو أقوى وأولى أن يثبت بالدلائل "[3]، وإن شك في إحدى المسائل قال: " وهذا أشْبه معانيه وأوْلاها به

(١) الرسالة، الشافعي، ص٤٧٨.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص٢٠٦.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص٢١٦.

عندنا، والله أعلم "[1].

وكان كثيراً ما يعبر رحمه الله عن الظن الدلالي، بقوله " فاحتمل قول الله . . "، "واحتملت الآية معنيين"، "يحتمل معنيين: الظاهر منهما أنه أوجب"[2].

وقد اعتبر الشافعي القياس - الفقهي- من ظني الدلالة، "قلت: كل ما نزل بمسلم ففيه حكمٌ لازمٌ أو على سبيل الحق فيه دلالةٌ موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكمٌ: اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طُلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد قياس"[3]، وفي موضعٍ آخر من كتاب آخر يقول: " وقياسهم اجتهاد لا إحاطة"[4].

أما ظني الثبوت، فقد تعرض له عندما قال: " ويُحكم بالسنة قد رويت من طريق الانفراد، لا يجتمع الناس عليها، فنقول: حكمنا بالحق في الظاهر، لأنه قد يمكن الغلط فيمن روى الحديث"[5]، وعلى هذا الأساس لم يُجز تكفير المسلمين في عدم أخذهم بهذه السنة من طريق ظني الثبوت -إذا لم تصح عندهم-، وهذا ما عليه جماهير الأصوليين في عدم تكفير منكر خبر الآحاد، إذ يقول: " فأما ما كان من سنة

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص٢٥١.

(٢) انظر الشواهد المتكررة في الرسالة، ص١٥٥، ص١٥٩، ص١٦٤، ص٢٠١، ص٢٠٢، ص٢٠٦، ص٣٠٣، ص٣٢٢.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص٤٤٧.

(٤) جماع العلم، الشافعي، تحقيق: محمد عبد العزيز، (مكة المكرمة، دار الباز للنشر، ط١، ١٩٨٥م)، ص ٣١.

(٥) الرسالة، الشافعي، ص ٥٩٩، جماع العلم، ص٢٣.

من خبر الخاصة الذي قد يختلف الخبر فيه . . فالحجة فيه عندي أن يلزم العالمين . . . ولو شكَّ في هذا شاكٌ لم نقل له : تُبْ . . . ولكن نقضي بذلك على الظاهر من صدقهم والله وليٌّ ما غاب عنك منهم "[1] .

وقد تعرض لأحد مراتب الظن الذي يُعمل به في الأحكام الشرعية ، وهو الظن الغالب ، إذ يقول في تفسيره لقوله تعالى : ﴿ قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ . . ﴾[2] وما كان هكذا فهو الذي يقول له : أظهر المعاني وأعمها وأغلبها ، والذي لو احتملت الآية معنىً سواه كان هو المعنى الذي يلزم أهل العلم القول به "[3] .

---

(١) الرسالة ، الشافعي ، ص٤٦١ ، ص ٤٧٨ .

(٢) سورة الأنعام/ ١٤٥ . . . .

(٣) الرسالة ، الشافعي ، ص٢٠٦ .
ولقد تناول الأصوليون مصطلح الظن بشيء من التفصيل كما فعلوا مع مصطلح القطع ، وهو الشق الثاني من اهتمام الأصوليين ، فقد عرفه الرازي ٦٠٦هـ بأنه تغليب لأحد مجوّزين ظاهري التجويز ، وتابعه الآمدي ٦٣١هـ : " إنه ترجيح أحد ممكنين متقابلين في النفس على الآخر من غير قطع " . لكن مع هذا ، يرى بعضهم أن هناك ظناً قريباً يقارب معنى القطع اليقيني ، وإن لم يكن في درجته ومرتبته ، يقول الغزالي ٥٠٥ هـ : " . . والظن القريب من القطع إذا صار كلياً عظم الخطر فيه ، فتحتقر الأشخاص الجزئية بالإضافة إليه " . وهو المعبر عنه بالظن الغالب كما يقول الجويني ٤٧٨هـ : " المجتهد إذا خالف النص بحث وسبر وبذل المجهود ، ولم يأل جهداً في طلب حتى حصل على غلبة ظن ، ثم وجب عليه العمل بمقتضى غلبة الظن ، فقد عمل ما وجب عليه ، فكيف يقال أخطأ وقد عمل " .
وهذا كمن يرى في الحديث الضعيف مانعاً من الاستدلال ، فيتجه إلى القياس على الأصل المقطوع به ، فيكون قد عمل بالظن الغالب . وتبقى دائرة الظن دائرة أوسع وأشمل من دائرة القطع التي تمثل الخصوص ، فقد عبر الجويني عن ذلك بقوله : " فللاحتمال عند =

وبعد ذلك جاء الأصوليون بالتعريفات المحددة للظن الدلالي، فقالوا: " : " إنه ترجيح أحد ممكنين متقابلين في النفس على الآخر من غير قطع "[1]. ثم ظني الثبوت، الذي كانوا يمثلونه دائماً بخبر الآحاد مقابل قطعي الثبوت وهو القرآن الكريم[2].

نبقى الآن مع فقهه التطبيقي، كيف كانت الثمرة والفائدة التي أرادها الشافعي في توجيه الأدلة والأصول عند تنظيره لعلم أصول الفقه، ولتجلية الأمر وضوحاً نقف

---

= انعدام القواطع، وانحسام البراهين السواطع، مضطربٌ رحب، وللظنون مجرٌ وسحب". فالظن عندهم إذا كان غالباً فهو معتبر في الأحكام الشرعية، ويقوم مقام العلم " في وجوب العمل" باعتبار أن العمل " بالراجح واجب على من علم ذلك الرجحان أو على من لم يعلم"، وباعتبار آخر هو أن مراتب الظن متفاوتة، وبالتالي يكون " أحد الظنّين أقوى -من الآخر- فيجب المصير إليه". وعلى هذا الأساس يرى الشاطبي ٧٩٠هـ في المقدمة التاسعة بأن من العلم ما هو من صلب العلم ومنه ما هو من ملحه، فأما الأول فـ" هو الأصل المعتمد، والذي صار عليه مدار الطلب، وإليه تنتهي مقاصد الراسخين، وذلك ما كان قطعياً أو راجعاً إلى أصل قطعي"، كدليل القرآن والسنة. والثاني " ما لم يكن قطعياً، ولا راجعاً إلى أصل قطعي بل إلى ظني"، كباقي الأدلة المختلف فيها، وبهذا يحسم المتكلمون ترتيب القطع عن الظن.
انظر: المحصول في علم الأصول، الرازي، فخر الدين، تحقيق: طه العلواني، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٩٤م)، ١/ ٨٥، كذلك الورقات، الجويني، تحقيق: عبد اللطيف محمد، (لا يوجد مكان ولا تاريخ للنشر)، ص ٩، الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين الآمدي، تحقيق: سيد الجميلي، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١)، ٤/ ٢٣٤، المستصفى من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، تحقيق وتعليق: محمد الأشقر، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٩٧)، ١/ ٤٢٤، البرهان في أصول الفقه، الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، (المنصورة: دار الوفاء، ط٣، ١٩٩٢م)، ١/ ١٤٤، ٢/ ٨٨٦، نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين القرافي، دراسة وتحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، (مكة المكرمة: مكتبة الباز، ط١، ١٩٩٥م)، ٥/ ٨٦، ٦/ ٤١، الباجي، إحكام الفصول، ص ٦٣٥، الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، شرحه: عبد الله دراز، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط.ت.)، ١/ ٥٣.

(١) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، ٤/ ٢٣٤.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، ١/ ٥٣.

على أهم الطروحات المنهجية، التي ذكرها الشافعي في كتبه الأصولية والفقهية، والتي تؤيد هذا الفقه الأصيل.

١- هناك قدرة بديعة لازمت فكر الشافعي في تمييزه بين القطعيات والظنيات في الشريعة الإسلامية، من خلال وضعه للأدلة وترتيبها ترتيباً قائماً على تلمس اليقين والقطع بها، ثم الولوج في داخلها لتمييز القطع والظن في الدليل ذاته.

وهذه القدرة الرائدة هي التي دعت أحمد بن حنبل (٢٤١هـ) أن يقول عن شيخه: " كان الفقه قفلاً على أهله حتى فتحه الله بالشافعي "[١].

فتراه يقول عن العلم ومراتب اليقين والقطع به: " علم العامة لا يسع بالغاً غير مغلوب على عقله جهله مثل الصلوات الخمس وغيره، مما هو موجود نصاً في كتاب الله، وهو لا يمكن الغلط من الخبر ولا التأويل ولا التنازع.. "ويقول في موضع آخر: " العلم من وجوه، منه إحاطة في الظاهر والباطن، ومنه حق في الظاهر، فالإحاطة منه ما كان نص حكم الله أو سنة لرسول الله نقلها العامة عن العامة، فهذان السبيلان اللذان يشهد بهما فيما أحل أنه حلال، وفيما حرم أنه حرام، وهذا الذي لا يسع أحداً عندنا جهله ولا الشك فيه "[٢].

بل يرى لزوم العمل بما وقع القطع واليقين عليه، إذ يقول: " قلتُ: نعم يُحكم بالكتاب والسنة المجتمع عليها الذي لا اختلاف فيها، فنقول لهذا حكمنا بالحق في

---

(١) مناقب الشافعي، الرازي، ص١٩، توالي التأسيس، ابن حجر، ص ٨٥.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص ٣٥٧، ٤٧٨.

الظاهر والباطن، ويحكم بالسنة قد رويت عن طريق الانفراد لا يجتمع الناس عليها، فنقول حكمنا بالحق في الظاهر، لأنه قد يمكن الغلط فيمن روى الحديث "[1].

إن الظاهر في فقه الشافعي أنه دائماً ما كان يحاول في اجتهاداته وتأملاته التأكيد على نقطة أساسية في علم الأصول، وهي المحافظة على القطع والثابت والمستقر، والابتعاد قد الإمكان عن المظنون والمشكوك فيه، وإن الاجتهاد في الظنيات لا بد من مرجعية أصولية قطعية تضبطه، وقد كانت اللغة العربية أحد الضوابط التي اعتمدها الشافعي في الاجتهاد، لأنها تستطيع ضبط فكر المجتهد وتحدد له المسار الذي ينطلق منه بعدما يجتاز أصول الشريعة، لأن اللغة فيها قضايا المعاني والشواهد القطعية واليقينة، وفيها ظنون وترجيحا أيضاً، والمجتهد وبحكم نظرته للأحكام والوقائع لا يستطيع أن يتجاوز اللغة في كل تصريفاتها واشتقاقاتها، بل سيقع أسير القاطع منها، وهذا الذي يريده الشافعي بأن تكون اللغة إحدى الحواجز التي تمنع تشتت ذهن المجتهد.

وهنا يلزمنا التعليق على كلام الدكتور نصر أبو زيد الذي اعتبر: " أن الشافعي وهو يؤسس عروبة الكتاب بالمعنى والدلالات السابقة، كان يفعل ذلك من منظور أيديولوجي ضمن سياق الصراع الشعوبي الفكري والثقافي.. "[2].

وهذا الكلام يقع ضمن دائرة الإسقاطات الفكرية التي تلازم بعض المؤلفين والكتاب، فالتقدير الذي أرجحه أن الشافعي كان ذو فكر أعمق وأوسع من هذا

(١) المصدر السابق، الشافعي، ص٥٩٩.

(٢) انظر: الإمام الشافعي وتأسيس الأيديلوجية الوسطية، نصر أبو زيد، ص ٧٢.

الطرح، لقد أراد الشافعي من اللغة أن تكون وسيلة مساعدة في ضبط الأفكار والاجتهادات في عصره، بل وفي كل عصر، لأن الشريعة قائمة على مفردات اللغة وتراكيبها، ولا يستطيع مجتهد أن يوسع طرحه الاجتهادي من دون التعمق والإلمام بالوعاء الذي يغطي هذه النصوص والأحكام.

٢- أن الشافعي رحمه الله أكد في فحوى كتاباته وإملاءاته على تلاميذه على كمال الشريعة الإسلامية، وكمال مصادرها وأن اليقين والقطع متوفر بها، وأن نصوصها القطعية قادرة على إيجاد الحلول اللاحقة، نظراً لأنها من عند الله تعالى، إذ يقول: " فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها "[١].

ولعل هذا ما دفع الأصوليين اللاحقين إلى تبني هذه القضية، ونشرها كفكر دائم في مواجهة المتغيرات والطوارئ، فهذا الجويني(٤٧٨هـ) يرى أن أصول الشريعة لم تثبت " إلا بمستند قطعي، فما قطعنا به أثبتناه وما غلب على ظننا ترددنا فيه وألحقناه بالمظنونات "[٢].

وهذا ما أراده الآمدي (٦٣١هـ) بقوله: " المطلوب في الأصول القطع واليقين، بخلاف الفروع فإن المطلوب فيها الظن.. "[٣].

---

(١) الرسالة، الشافعي، ص٢٠.

(٢) البرهان في علم الأصول، الجويني، ٢/ ٧٥٦.

(٣) الأحكام، الآمدي، ٤/ ٢٣٤، ومثله قال الزركشي: " المسائل الأصولية القطعية المصيب فيها واحد قطعاً "، البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، تحرير: مجموعة من العلماء، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٢، ١٩٩٢م)، ٦/ ٢٦٤.

٣- الاعتماد على القواعد الأصولية أو الكليات العامة في توجيه النصوص والأحكام، وهذا الأمر يعود إلى منهجه الكلامي في علم الأصول، أو ما اصطلح عليه سابقاً عند المتكلمين بمدرسة الشافعية أو المتكلمين، فقد اعتمد الشافعي الكليات والقواعد العامة في توجيه الفرعيات والجزئيات الفقهية، خلافاً للمدرسة الحنفية، وهذا الأمر يعد من حسنات المدرسة الشافعية، لأن نسبة الخطأ والغلط تكون ضئيلة، مقارنةً بما عليه الحال في مدرسة الحنفية القائمة على تجلي الأصول من الفروع، لذا لم يكن مستهجناً أن يجعل ابن خلدون (٨٠٨هـ) أركان أصول الفقه أربعة كتب هي: " البرهان والمستصفى والعمد والمعتمد "[١]، وهي كلها كتب تابعة لطريق الشافعي في التأليف والبحث الأصولي.

كثيراً ما كان الشافعي يتحرى تلمس القطع واليقين في أحكامه واجتهاداته، لكن هذا لم يمنع أن يجتهد ويقدر، لاعتبار أنه بشر، مثال على ذلك نظرته إلى "مفهوم الموافقة" بأنه ضمن القياس الجلي، في حين يرى أكثر الشافعية خلاف ذلك.

من هنا تفترق مدرسة الشافعية عن الحنفية، ففي حين يخالف علماء الشافعية إمامهم بأنه لم يصب في مسألة مفهوم الموافقة، نرى أن الحنفية -كالجصاص مثلاً- واعتماداً على منهجهم في الفروع، يذهبون بعد القول بالمسألة إلى التعقيب عليها بقولهم: " على هذا دلت فروع أصحابنا "[٢].

(١) المقدمة، ابن خلدون، (دار الفكر، ط. ت)، ص٤٥٥.

(٢) الرسالة، الشافعي، ص ٥١٣، قارن مع تفسير النصوص، محمد صالح، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٩٨٤)، ١/ ٩٩.

لذا لم يكن مستغرباً أن أصول منهج الشافعي لم تتغير عندما انتقل من بغداد إلى مصر، أو عندما تغيرت فروع المذهب، حتى سُمي مذهبه بالقديم والجديد.

فنظرة فاحصة إلى الاختلافات التي وقعت بين المذهبين الزمنيين نجد أن لا اختلاف بينهما، نظراً لأن الأصول واحدة في كليهما، ولكن وقع اختلاف يسير في بعض المسائل الفرعية، وهذا أمر حاصل لا ريب فيه.

لأن القواطع اليقينية المتعلقة بالمبادئ والنظم لا تتغير، وإنما يقع التغيير في فروعها، لذا لم يغير الشافعي أصول منهجه وقواعد بحثه، وإنما تغيرت الفتوى المتعلقة بالفروع والجزئيات لاعتبار ظنيتها، لكن بقي الكتاب في فكر الشافعي هو أصل الدين وأسه، ولم يغير رأيه بالاستحسان أو تقديم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد.

ومن هذا النهج، نقف على مسألة كثرة الأقوال والروايات عن الشافعي في المسألة الواحدة، وخصوصاً في الفرعيات والجزئيات، مما حدا بالبعض إلى اعتبار ذلك نقصاً في منهج الشافعي، و مثلمة في اجتهاده.

ولقد حاول الرازي (٦٠٦هـ) الرد على هذه المسألة، من خلال عدة مسوغات وتبريرات تدفع عن إمامه هذا النقص، من ذلك أن الشافعي يذكر مسألتين في بابين ثم يذكر الجواب في أحدهما والآخر بالإثبات، والأصحاب ينقلون عنه جواب كل واحدة من المسألتين في الأخرى، ويقولون فيه قولان بالنقل والتخريج، وهذا في الحقيقة ليس من الشافعي، بل من أصحابه، والمحققون لا يذكرون هذين القولين،

ثم أنه قد يكون هناك قولين للشافعي، لكن الجديد ينسخ القديم، وقد يذكر الشافعي أكثر من رأي لكنه يختار من بين هذه الآراء ما هو مذهبه، أو قد يتوقف في هذه الآراء، وهذه غاية الديانة والورع، أو يذكر في المسألة جوابين أحدهما عن طريق القياس، والآخر عن طريق الخبر، ثم يأخذ بما وافق الخبر[1].

لكن الواقع أن هذا من كمال واتقان الشافعي رحمه الله، لأن الخوض في الجزئيات أو الفرعيات لا بد أن يصحبه التردد في الحسم أو القطع، ولعل هذا من صفات العالم المؤمن، الوقوف على الآراء حتى يكشف الصحيح منها من الزائف، خلافاً لصاحب الشبهة الذي طالما ما وُصف بالوثاب والمتعجل في إصدار الأحكام، قبل الوقوف على أسس هذه الآراء.

ولقد أحسن محمد أبو زهرة في تناول هذه المسألة والتعقيب عليها بكلام أصولي، فقال: " والحق أن التردد عند تعارض الأقيسة وتصادم الأدلة ليس دليل النقص، ولكنه دليل الكمال في العقل، ودليل الكمال في القصد، أما دلالته على الكمال فلأنه لم يرد أن يهجم باليقين في مقام الظن، ولا بالظن في مقام الشك، فليس ذلك دأب العلماء، وكلما رأيت باحثاً يحقق ويردد، ولا يريد أن يكون أسير فكرة قبل أن يأسره الدليل، ويستحوذ عليه البرهان، فاعلم أنه العالم، وإن رأيت أمرأ يهاجم باليقين في مقام الرجحان، وبالرجحان في مقام الشك، فاعلم أن ذلك ناشيء عن نقص في الإحاطة بالموضوع . . وأما دلالة التردد في كمال القصد

(١) مناقب الشافعي، الرازي، ص٦٨ بتصرف، وقد عقب أبو زهرة عن قول الرازي، بقوله: " أن العلم يوجب التردد في كثير من الأحيان، وأن التردد عن بينة علم واليقين عن غير بينة جهل " . الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ١٧٥ .

والإخلاص في طلب الحق، فلا يحكم إلا بعد أن يرى رأى العين، فإن لم تتوافر لديه الأسباب رجح وقارب ولم يباعد، وإن لم تتوافر الأسباب لذلك ألقى بتردده . . "[1] .

٤- ضبط الأحكام والمسائل بناءً على مراتب الأدلة، فمن فقه الشافعي رحمه الله أنه يؤكد على مراتب الأدلة عندما تقع الاختلافات بين العلماء، فكان يرى أن لا يقدم شيئاً على الكتاب أو السنة، من ذلك قوله : " أنه لا يجوز لمن أستأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب ثم السنة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز له أن يحكم ولا أن يفتي بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني "[2] .

وقد أيده في هذا إمام الحرمين الجويني، عندما اعتبر أن : " معرفة الترتيب من أظهر الأعوان على درك مضمون العلوم القطعية . . "[3] .

لقد نجح الشافعي في توجيه الأصوليين في متابعة الأدلة بناء على مراتبها، فالكتاب هو الأساس، والسنة إذا صحت تكون ملزمة، وبداخلها مراتب لا بد من اعتبارها، والإجماع يكون قطعياً يقينياً إذا كان قائماً على القطع واليقين .

(١) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ١٧٤ .

(٢) الأم، الشافعي، كتاب إبطال الاستحسان، ٧/ ٢٩٨ .

(٣) البرهان، الجويني، ١/ ٥٦٢ .

وكما هو معلوم فإن العلم طبقات شتى، " الأولى الكتاب والسنة إذا ثبتت، ثم الثانية الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة، والثالثة أن يقول بعض أصحاب النبي قولاً، ولا نعلم له مخالفاً منهم، والرابعة اختلاف أصحاب النبي ﷺ في ذلك، والخامسة القياس على بعض الطبقات، ولا يصار إلى شيء غير الكتاب والسنة وهما موجودان، وإنما يؤخذ العلم من الأعلى "[1].

والأصوليون - قبل الشافعي وبعده - وإن كانوا يمارسون هذه الأدلة، لكنهم سرعان ما يقع الخلاف بينهم وهم لا يشعرون، وذلك نظراً للتداخل في الاستدلال بين مراتب هذه الأدلة، يقول الكرابيسي (٢٥٦هـ): " ما كنا ندري ما الكتاب ولا السنة ولا الإجماع، حتى سمعنا الشافعي يقول الكتاب والسنة والإجماع "[2].

ثم امتاز فقهه - رحمه الله- عندما تناول النسخ في المراتب المختلفة، فقال إنسجاماً مع قاعدته في التفريق بين المراتب: " أبان الله لهم أنه إنما نسخ ما نسخ من الكتاب بالكتاب، وأن السنة لا تكون ناسخة للكتاب، وإنما هي تبع للكتاب بمثل ما نزل نصاً ومفسرة معنى ما أنزل الله منه جملاً . . "[3].

وقد ذهب بعض الأصوليين إلى جواز أن تنسخ السنة الكتاب عقلاً، وأن هذا قد يقع شرعاً، لكن الراجح أنها مسائل لم يقع بها التحقيق، وعلى قول أبي زهرة أن

---

(١) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ١٨٥ نقلاً عن الأم للشافعي، ٧/ ٢٤٦.

(٢) توالي التأسيس، ابن حجر، ص٨٧.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص١٠٦.

"الاستقراء يؤيد الشافعي"[1].

٥- من القضايا التي تسجل للشافعي رحمه الله تعالى، أنه لم يخض في مسألة خبر الآحاد هل يفيد العلم أو الاعتقاد، وإنما كان فقيهاً متمرساً بفن الأصول، فربط وجوب العمل به من خلال شواهد ونصوص تؤكد وجوب طاعة الرسول ﷺ، ولزوم العمل بما جاء به.

وهنا قضية بحاجة إلى مناقشة، وهي أن الكثير من الأصوليين خصوصاً ممن جاء بعده، حاول التكلف في أن خبر الواحد يفيد العلم الاعتقادي أو اليقيني، وأنه يفيد في ذلك كما يفيد الخبر المتواتر، وقد تكلف بعضهم في هذا الشيء الكثير إلى حد تكفير منكر خبر الآحاد، وقد استطاع الشافعي الابتعاد عن هذه النقطة، والتركيز على بعد أهم منها وهو ضرورة العمل بما جاء عن الرسول ﷺ، وأن السنة متى ثبتت كان الأولى للمسلم الأخذ بها، وأن أصول الدين لا تؤخذ بروايات متفرقة صحت أم لم تصح، والسبب في ذلك " أن التعبد لا يجوز أن يرد به، لأن طريقه الظن دون العلم، ولا يجوز أن يتعبد الله تعالى المكلف بما يجوز أن يؤدي إلى الخطأ، كما يجوز أن يؤدي إلى الصواب"[2].

٦- لقد وضع الشافعي لنفسه منهجاً فريداً لا يخصه بقدر ما يخص طريقة التفكير القويم لمن أراد الاستفادة في استنباط الأحكام والبناء عليها، وهذه هي العقلية

---

(١) الإمام الشافعي، أبو زهرة، ص ٢٤٩.

(٢) شرح العمد، البصري، ١/ ٩١، ٢٨٤.

الأصولية التي سادت بعد موت الشافعي، ولقد صدق الجويني ٤٧٨هـ عندما نقل عن الشافعي العبارة الرشيقة قوله: " المذاهب لا تموت بموت أصحابها "[١].

ولقد كان من أهم عناصر منهج الشافعي قيامه على دليل الاستقراء العلمي المتمكن من النصوص الشرعية، بحيث استطاع أن يجعل الشريعة وأحكامها وحدة واحدة موضوعية عندما يريد المفتي الإفتاء، أو عندما يريد المجتهد أن يجتهد في أي شأن من شؤونها المختلفة.

فالاستقراء كان منهجاً شافعياً خالصاً في تحليل الأحكام والبناء عليها، فهو إن أراد تأكيد أمر أو نفيه، رأيته في كتاباته كثيراً ما يذكر النصوص والشواهد التي تؤيد قوله وحكمه، فمثلاً إذا أراد أن يتكلم عن البيع وحكمه، تراه يقول بإباحته نظراً لكثرة وافرة من النصوص والآيات الدالة على إباحته[٢].

---

(١) انظر البرهان، الجويني، ١/ ٧٠١، نقلاً منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، عبد الوهاب أبو سليمان، (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٩٩٩)، ص ٣٧.

(٢) قارن مع منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٣٩. قارن مع منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٣٩. قارن مع منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، عبد الوهاب أبو سليمان، ص ٣٩.
وقد ذهبت المدرسة الأصولية فيما بعد إلى تعريف الاستقراء بأنه: " تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"، ثم قسموه إلى قطعي وظني: فالقطعي ما كان تاماً، وهو: " إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي على الاستغراق، وهذا هو القياس المنطقي المستعمل في العقليات وهو حجة بلا خلاف". والظني غير التام، وهو: إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته من غير احتياج إلى جامع وهو المسمى في اصطلاح الفقهاء بـ" الأعم الأغلب"، والأخير لا يفيد القطع بل يصلح للفقهيات والظنيات. =

كذلك عندما أراد الاستدلال على حجية خبر الآحاد، اعتمد على كثير من الأدلة النقلية والعقلية، فيبدأ بالنقلية وما يستدل عليها وما يستفاد من فحواها، ثم يتبعها بالمعقول، بأسلوب استقرائي شامل، حتى يثبت ما يريده من هذا، فقد استدل على خبر الآحاد مثلاً بنظام السرايا والرسل والإفتاء والقضاة[1].

وقد أكد الشافعي على مفهوم الاستقراء، من خلال تأكيده على النصوص المأخوذة من السنة وأقوال الصحابة والتي تؤيد هذا النص القرآني، خصوصاً إذا كانت دلالته ظنية، يقول رحمه الله: " وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم

---

= وقد تناول الشاطبي ٧٩٠هـ بالتفصيل في موافقاته الاستقراء، وذهب إلى أنه يفيد القطع إذا كان تاماً، إذ يقول: " وإنما الأدلة المعتبرة هنا المستقرأة من جملة أدلة ظنية، تضافرت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع، فإن للاجتماع من القوة ما ليس للافتراق، ولأجله أفاد التواتر القطع، وهذا نوع منه فإذا حصل من استقراء أدلة المسألة مجموع يفيد العلم، فهو الدليل المطلوب، وهو شبيه بالتواتر المعنوي بل هو كالعلم بشجاعة علي رضي الله عنه، وجود حاتم، المستفاد من كثرة الوقائع المنقولة عنهما، ومن هذا الطريق ثبت وجوب القواعد الخمس كالصلاة والزكاة وغيرهما قطعاً، وإلا فلو استدل مستدل على وجوب الصلاة بقوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ ﴾ سورة البقرة/ ٤٣. . . . لكن حف بذلك من الأدلة الخارجية والأحكام المترتبة ما صار به فرض الصلاة ضرورياً في الدين، لا يشك فيه إلا شاك في أصل الدين" . ولعل الشاطبي من الأصوليين القلائل الذين وظفوا منهج الاستقراء في تحصيل القطع من الظنيات، يقول في فائدة الاستقراء: " . . ومر أيضاً بيان كيفية اقتناص القطع من الظنيات، وهي خاصة هذا الكتاب لمن تأمله، والحمد لله" . وأفضل استخدام استخدمه الشاطبي للاستقراء كان في تحصيل المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، وهذا لب نظريته الأصولية المسماة بالمقاصد الشرعية.

انظر بتوسع: البحر المحيط، الزركشي، ٦/ ١٠، الموافقات، الشاطبي، ١/ ٢٤، ٤/ ٢٤٢، ، قارن مع نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، (واشنطن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٤، ١٩٩٥م)، ص٣٠٩، كذلك انظر:

Theories of Islamic Law, Imran Ahsan Nyazee, (pakistan: InternationalInstitute of Islamic Thought, first edition, 1994). P. 235.

(١) الرسالة، الشافعي، ص٤٠٨ وما بعدها.

الحق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ، فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة "[1].

٧- من فقه القطع والظن عن الإمام الشافعي، أنه لم يتكلف كثيراً في المسائل النظرية أو الفلسفية أو الفقه الافتراضي والتخيلي، بل كان يخوض في المسائل العلمية ذات النفع العام، فمثلاً قوله تعالى: ﴿ كُتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم .. ﴾[٣]، يقول في التعليق على هذه الآية: " فما علمت أحداً من أهل العلم بالحديث قبلنا تكلف أن يروي عن النبي ﷺ أن الشهر المفروض صومه شهر رمضان الذي بين شعبان وشوال، لمعرفتهم بشهر رمضان من الشهور، واكتفاء منهم بأن الله فرضه، وقد تكلفوا حفظ صومه في السفر وفطره، وتكلفوا كيف يكون قضاؤه، وما أشبه هذا مما ليس فيه نص كتاب، ولا علمت أحداً من غير أهل العلم احتاج في المسألة عن شهر رمضان، أي شهر هو، ولا هو واجب أم لا "[٣].

ترى أن تكلف الشافعي في البحث كان منصباً على القضايا العملية التطبيقية، بعيداً كل البعد عن جوهر الخلافات التي وقعت قديماً بين الفلاسفة أو المتكلمين في

---

(١) الأم، الشافعي، ١٥/١٥٨، نقلاً عن منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، أبو سليمان ص ٣٩.

(٣) سورة البقرة/ ١٨٣.

(٣) الرسالة، الشافعي، ص١٥٧. انظر كيف جعل الشاطبي الاشتغال بالمباحث النظرية التي ليس لها ثمرة عملية مذموماً شرعاً. الموافقات، المقدمة الخامسة، الجزء الأول.

النظريات والقضايا العقلية الصرفة، والتي لا تثمر عن عمل حدد، مثل مسألة التحسين والتقبيح، وهل يمكن نسخ ما حكم العقل بحسنه أو قبحه، أو إمكانية النسخ قبل العمل بالحكم المنسوخ، ومسألة أمر المعدوم، وهل الإباحة تكليف أم لا، ومسألة لا تكليف إلا بفعل، وغير ذلك من القضايا النظرية التي لا فائدة من إطالة النظر فيها.

# الخاتمة

بعد نهاية هذه الدراسة، يمكن ختم ذلك ببعض الملاحظات والتعقيبات:

- لقد مثل الشافعي محطة بارزة في علم أصول الفقه، وتمثلت رسالته الأصولية المسماة بـ" الرسالة " مصدراً أساسياً في بناء الإطار العام لهذا العلم، بل ومثل إنارة لكل الباحثين في علم الأصول فيما بعد، وذلك نظراً لسعة الطرح وشموله لمصادر الشريعة.
- حاول الشافعي التدليل على منهجه وأصول استنباطه من خلال ملازمة القطع في أغلب آرائه، ومحاولة الابتعاد عن الظنيات وكل ما يثير الشك والريبة، ولا ينطلق من مصدر ظني إلا إذا وقعت ضرورة له، وقد مثل دليل القياس عند فقد الخبر من الكتاب والسنة مثالاً على ذلك.
- لعل الدوافع التي وجدت أيام الشافعي، موجود في زماننا هذا بصور مختلفة ومتنوعة، مما يحفز الباحثين والمختصين بالفكر الأصولي أو الإسلامي معالجة هذه الآثار السلبية بمنهج أصولي فريد كما عالج الشافعي عصره من خلال تحري القطع ونبذ المظنون من الأحكام، أما في حالة فقدان المقطوع من الأحكام والنصوص، فلا خلاف بين العلماء في الأخذ بالحكم أو النص الظني وفقاً لقوة أو رجاحة هذا الحكم أو ذاك النص.
- ركز الشافعي على المستقر الثابت من أحكام الشريعة، وهو الكتاب والسنة إذا صحت، وقد بنى على هذين المصدرين الكثير من الأحكام، والتي توصف في

الغالب بأنها أحكام ظنية أو ضمن دائرة الظن الغالب الذي يؤخذ به عند فقد الدليل القطعي أو اليقيني .

- الأدلة المختلفة فيها، عالجها الشافعي من خلال مقدار القطع المتوفر فيها، ومن خلال قدرتها على إنتاج أحكام قطعية موافقة لما هو مقطوع به في الأصول والكليات، لذا رفض بعضها كالاستحسان وعمل أهل المدينة، وقبل البعض الآخر مثل القياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع بأسماء متعددة ترجع فحواها إلى مفهوم الاجتهاد الذي قال به، لذا لم يكن غريباً أن يبكر الشافعي في تنظيره للمقاصد بأسلوب علمي منهجي .
- بناء على ذلك، نتج عن هذه العقلية الأصولية المتميزة، صور مختلفة عن فقه القطع والظن في الدراسات الشرعية والفكرية، والتي ما زلنا إلى يومنا هذا نرجع إليها في قضايانا المعاصرة .

# المصادر والمراجع

**أولاً: اللغة العربية:**


- غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، تحقيق ودراسة: عبد العظيم الديب، (الدوحة: وزارة الشؤون الدينية، ط١، ١٤٠٠هـ).
- مناقب الشافعي، الرازي، (القاهرة: المكتبة العلامية، ط. ت.).
- توالي التأسيس لمعالي محمد بن أدريس، ابن حجر، تحقيق: أبو الفداء، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٨٦).
- الشافعي آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٤٨).
- أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، (القاهرة: دار نافع للطباعة والنشر، ط. ت.).
- الإمام الشافعي وأثره في أصول الفقه، حسن أبو عيد (جامعة الأزهر: كلية الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦).
- التلخيص في أصول الفقه، الجويني، تحقيق: عبد الله النيبالي وشبير العمري، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٩٩٦م).
- شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي، تحقيق: عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٧م).
- الناظر وجنة المناظر، ابن قدامة، راجعه: سيد الدين الكاتب، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٩٨١م).
- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن القاسم، (لا يوجد مكان نشر، مكتبة ابن تيمية، ط٢).
- إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، تحقيق ودراسة: عبد

المجيد تركي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٨٦م).
- جماع العلم، الشافعي، تحقيق: محمد عبد العزيز، (مكة المكرمة، دار الباز للنشر، ط١، ١٩٨٥م).
- المحصول في علم الأصول، الرازي، فخر الدين، تحقيق: طه العلواني، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٩٤م).
- الورقات، الجويني، تحقيق: عبد اللطيف محمد، (لا يوجد مكان ولا تاريخ للنشر).
- الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين الآمدي، تحقيق: سيد الجميلي، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١).
- المستصفى من علم الأصول، أبو حامد الغزالي، تحقيق وتعليق: محمد الأشقر، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٩٧).
- البرهان في أصول الفقه، الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، (المنصورة: دار الوفاء، ط٣، ١٩٩٢م).
- نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين القرافي، دراسة وتحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، (مكة المكرمة: مكتبة الباز، ط١، ١٩٩٥م).
- الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، شرحه: عبد الله دراز، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط.ت.).
- المنخول في تعليقات الأصول، الغزالي، تحقيق: محمد هيتو (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٠هـ).
- منهاج السنة النبوية، ابن تيمية ، تحقيق: محمد سالم رشاد، (لا يوجد مكان للنشر، مؤسسة قرطبة، ط١، ١٤٠٦هـ).
- المعتمد في أصول الفقه، أبو الحسين، البصري، ضبط: خليل الميس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٨٣م).

- شرح العمد، أبو الحسين البصري، تحقيق ودراسة: عبد الحميد أبي زنيد، (المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، ط١، ١٤١٠هـ).
- إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، تحقيق ودراسة: عبد
- الله الجبوري، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٩م).
- شرح الكوكب المنير، ابن النجار الفتوحي، تحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، (الرياض: مكتبة العبيكان، ١٩٩٣).
- الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، (القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٩٨٤م).
- النبذ في أصول الفقه، ابن حزم، تحقيق وتعليق: أحمد السقا، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٩٨١م).
- الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد، أحمد عبد السلام، (لا يوجد مكان نشر، ط١، ١٩٨٨).
- اللمع في أصول الفقه، إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: يوسف المرعشيلي، (بيروت: عالم الكتاب، ط٢، ١٩٨٦م).
- مناقب الشافعي، البيهقي، تحقيق: أحمد صقر، (القاهرة: دار التراث، ط١، ١٩٧١).
- تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، حققه: محمد أديب صالح، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٩٨٧).
- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، حسين حامد، (القاهرة: مكتبة المتنبي، ١٩٨١).
- الأم، الشافعي، تصحيح: محمد النجار، (بيروت: دار المعرفة، ط.ت.).
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، (قطر: إدارة إحياء التراث الإسلامي، ط.ت.).
- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، تحرير: مجموعة من

العلماء، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط٢، ١٩٩٢م).
- المقدمة، ابن خلدون، (دار الفكر، ط.ت).
- تفسير النصوص، محمد صالح، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٩٨٤).
- منهجية الإمام الشافعي في الفقه وأصوله، عبد الوهاب أبو سليمان، (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٩٩٩).
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، (واشنطن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٤، ١٩٩٥م).

## ثانياً: اللغة الإنجليزية

- Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam, Wale B.Hallaq, (Britain: Variorum, 1994).
- Theories of Islamic Law, Imran Ahsan Nyazee, (pakistan: International Institute of Islamic Thought, first edition, 1994).

# دفـــوع الكفيل المتضامن

## دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والإماراتي

إعــــداد

الدكتور / محمد إبراهيم بنداري *

**ملخص البحث :**

أصبحت الكفالة التضامنية هي السائدة في العمل وتمثل القاعدة العامة في عقود الكفـالة لما توفـره من ميـزات قلمـا تتـوافر في غيـرها من الكفـالات، لذلك جـاء هذا البحث ليتناول هذا الموضوع من خلال تعريف الكفالة التضامنية وبيان أهميتها، كما يتناول دفوع الكفيل المتضامن المتعلقة بالالتزام المكفول من خلال بيان عدة تطبيقات تبرز الفروق بين أنواع الكفالة . كمـا ركـزت الدراسـة علي مـوضـوع الدفع بإضـاعـة التأمينات وكيف يحق لأي كفيل أن يدفع بذلك سواء أكان كفيلاً عادياً أو متضامناً شخصياً كان أم عينياً، كما تناولت الدراسة الدفوع التي يبديها الكفيل المتضامن والمتعلقة بتقصير الدائن في المطالبة ومنها : الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ، والدفع بعدم تقدمه في كفيله المدين .

وانتهت الدراسة إلى بيان عدة نتائج هامة تتعلق بموضوعها مع التركيز على ماذهب إليه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا ودولة الإمارات العربية المتحدة .

* أستاذ القانون المدني المساعد- قسم المعاملات - كلية الشريعة والقانون- جامعةالإمارات



## تمهيد:

### تعريف الكفالة التضامنية وأهميتها:

### ١- تعريف الكفالة التضامنية :

عرّف الفقهاء الكفالة التضامنية بتعريفات مختلفة. فعرّفها جانب من الفقه الفرنسي بأنها جمع بين نظام الكفالة والتضامن[١].

وهذا التعريف منتقد لأن الكفالة التضامنية لا تجمع بالكامل بين نظامي الكفالة والتضامن، وإنما يكون هذا الجمع في حدود معينة، بما لا يتعارض مع الصفة التبعية لالتزام الكفيل. فليس من شأن تضامن الكفيل أبداً تطبيق قواعد التضامن بالكامل عليه، حيث سيظل دائماً محتفظاً بمركزه كمدين ثانوي أو تبعي.

وعرّفها جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنها تلك التي يتنازل فيها الكفيل عن الدفع بالتجريد وعن الدفع بالتقسيم. أياً ما كانت صورة هذا التنازل ما دام أنه ليس محل شك[٢].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ليس تحديداً لماهية الكفالة التضامنية بقدر ما هو بيان لآثارها القانونية.

وأخيراً عرّفها بعض الفقه المصري بأنها تلك التي يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين بحيث يجوز للدائن أن يطالب أي منهما بكل الدين، دون أن يستطيع الكفيل

(١) Marty et Raynaud. N° 568; Roland Tendler. les sûretés Dalloz. 1983. N° 27.

(٢) Jestaz. ancycl. Dalloz. N° 244.

أن يدفع بالتجريد أو بالتقسيم أو بضرورة مطالبة المدين قبله[1] .

وبناءً على ذلك يمكن أن نستخلص أن الكفالة التضامنية هي بمثابة جمع بين أحكام الكفالة وأحكام التضامن -في حدود معينة- بحيث يستطيع الدائن مطالبة المدين أو مطالبة الكفيل دون أن يتمسك هذا الأخير في مواجهته بالدفع بالتجريد أو بالتقسيم أو بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أولاً، حيث يؤدي التضامن إلى زوال هذه الدفوع ولكن مع بقاء صفة الكفيل المتضامن ككفيل تبعي أو احتياطي للمدين الأصلي مع ما يترتب على ذلك من نتائج .

### ٢-أهمية الكفالة التضامنية :

ومما لا شك فيه أن الكفالة التضامنية يكون من شأنها أن تزيد من ضمان الدائن، حيث يسمح له بالحصول على استيفاء حقه بدون تأخير أو تعقيد في الإجراءات[2] ، وذلك بفضل عدم السماح للكفيل المتضامن بأن يدفع بالتجريد أو بالتقسيم، على خلاف الكفيل البسيط الذي يستطيع ذلك[3] .

وبناءً على ذلك فإنه يمكن القول أن الكفالة البسيطة قلّ أن توجد في الحياة العملية، إذ أن الدائن لا يقبل من مدينه -غالباً- إلا كفيلاً متضامناً، بحيث يمكن

---

(١) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، رقم ٣، المجلد الثالث، الكفالة ص١٣٧ .

(٢) Philippe Simler. encycl. Dalloz. N° 179., Philippe Jestaz encycl. Dal. N° 41.

(٣) عبد السلام ذهني، التأمينات، مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦ ص١٣ .

القول إن الكفالة التضامنية -كما لاحظ كثير من الفقهاء الفرنسيين[1]- أصبحت هي السائدة في العمل وتشكل القاعدة العامة في عقود الكفالة "De sorte que le cautionnement solidaire est devenu en pratique, sinon le cautionnement de droit commun". واضمحل دور الكفالة البسيطة بدرجة كبيرة، حيث فقدت إلى حد بعيد أهميتها العملية[2]، ويشهد بذلك العدد الكبير من المنازعات القضائية في مجال الكفالة التضامنية.

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن القول أن السيطرة أو الهيمنة أصبحت اليوم للكفالة التضامنية وأضحت الكفالة البسيطة ضرباً من الدراسة النظرية يبتعد كثيراً عن الواقع العملي. وهذا ما لاحظه الأساتذة مازو عندما قرروا "أن الكفالة البسيطة التي نظمها القانون المدني قد فقدت جانباً كبيراً من أهميتها العملية"[3].

والخلاصة أن الناس قد اعتادوا على جعل الكفيل متضامناً مع المدين، وذلك حتى يعالجوا ما أصاب الكفالة من ضعف بسبب تقرير حقي التجريد والتقسيم للكفيل البسيط[4]. وبذلك يكونوا قد عادوا بالكفالة إلى ما كانت معروفة به في المجتمعات القديمة من الشدة والقسوة على الكفيل.

---

(١) Gabriel Marty et pierre Raynaud. droit civil Tome 3. vol 1. les sûrtés. Sirey. 1971. N° 568; jestaz. N° 41; Simler. N° 179., Mazeaud. N° 9.

(٢) ذلك لأن الكفالة القانونية أو القضائية دائماً تضامنية بقوة القانون، وأن الكفالة الاتفاقية درج الأطراف على اشتراط التضامن فيها لتوفير أكبر قدر من الحماية للدائن.

(٣) Mazeaud. N° 9.

(٤) عبد السلام ذهني، ص١٣.

بل إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يعامل الكفيل دائماً على اعتبار أنه كفيلٌ متضامن، إذ أجازت المادة (١٠٧٨) فقرة (١) للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، وذلك دون أن يلزمه القانون بسبق مطالبة الأصيل أو بتجريده سلفاً.

**٢- مكرر- تمييز الكفالة التضامنية عن الكفالة البسيطة والكفالة العينية:**

عرفت المادة ١٠٥٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الكفالة بأنها "ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة المدين في تنفيذ التزامه" ويختلف هذا التعريف كثيراً عن تعريف الكفالة في القانونين المصري والفرنسي، حيث يعرفان الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[1].

ويتضح من ذلك أن الكفالة في القانونين المصري والفرنسي عقد على خلاف القانون الإماراتي الذي يعتبرها التزاماً بإرادة منفردة، ومن ثم أغفل الإشارة إلى كلمة عقد في التعريف.

ولعل هذا الاستنتاج يتأكد بوضوح من الرجوع إلى المادة ٥٠٧ معاملات مدنية التي تجعل الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل وحده دون حاجة إلي قبول من الدائن[2].

كما يتضح من التعريف الوارد في المادة ١٠٥٦ معاملات مدنية أن الكفيل في القانون الإماراتي يلتزم بنفس درجة المدين الأصلي، حيث يضم ذمته إلى ذمة المدين

---

(١) المادة ٧٧٢ مدني مصري وهي تقابل المادة ٢٠١١ مدني فرنسي.

(٢) عبد الخالق حسن، الوجيز في قانون المعاملات المدنية ص١٠، الدر المختار على شرح تنوير الأبصار ج٤ ص٣٤٦.

على قدم المساواة، فيكون للدائن مطالبة من شاء منهما بدون ترتيب معين، أو بدون أن يواجه بالدفع بالتجريد من جانب الكفيل [1]. وذلك على خلاف القانونين المصري والفرنسي حيث يكون للكفيل الدفع بتجريد المدين أولاً [2]، ويلاحظ أنه إذا كان الأصل أن الكفيل في القانون الإماراتي يكون في مركز الكفيل المتضامن حيث لايجوز له الدفع بتجريد المدني أولاً فإن المادة ١٠٨٣ سمحت لكفيل الكفيل أن يشترط على الدائن الرجوع على الكفيل الأول. ففي هذه الحالة لايجوز للدائن أن ينفذ على كفيل الكفيل قبل التنفيذ على الكفيل، وذلك عملاً بالمادة ١٠٨٣ معاملات مدنية.

كما أنه إذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولاً فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين [3]، ولاشك أن هذه صورة من صور الدفع بالتجريد التي لاتنشأ إلا باشتراطها من جانب الكفيل.

وبناء على ذلك فإنه يمكن القول أن الأصل في الكفالة في القانون الإماراتي أن تكون تضامنية مالم يشترط الكفيل غير ذلك في كفالته.

---

(١) تنص المادة ١٠٧٨ معاملات مدنية على أنه " للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً. على أن مطالبته لأحدهم لاتسقط حقه في مطالبة الباقين". وهذه المادة مأخوذة من الفقه الحنفي كما أشارت المذكرة الإيضاحية. انظر ص ٧٩١.

(٢) تنص المادة ٧٨٨ من القانون المدني على أنه " لايجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدني من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق ". وهي تقابل المادة ٢٠٢٢ مدني فرنسي.

(٣) المادة ١٠٨٢ معاملات مدنية إماراتي.

وتختلف الكفالة بالمعنى السابق والتي يطلق عليها الكفالة الشخصية عن الكفالة العينية التي تتمثل في تقديم شخص يسمى الكفيل العيني مالاً معيناً من أمواله ليرتب عليها تأميناً عينياً لمصلحة الدائن[1] وتنحصر مسئوليته في حدود هذا المال. وهذا يعني أن الكفالة العينية إما أن تكون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً بحسب الأحوال[2].

وبناءً على ذلك فإن الكفالة العينية تأمين تبعي يخول للدائن ميزتي التتبع والتقدم على المال المقرر عليه الكفالة العينية، وذلك على خلاف الكفالة الشخصية التي تعتبر من قبيل التأمين الشخصي الذي يتمثل في ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين دون أن يكون للدائن أي تقدم أو تتبع، وإنما يلتزم الكفيل في مجموع أمواله أي في الضمان العام.

وبناء على ماسبق فإن الكفالة تعتبر تصرف تابع للدين المكفول ينشأ لضمان الوفاء به. ومن ثم فإن التزام الكفيل يتبع التزام المدين من حيث وجوده وصحته وأوصافه وانقضائه. وهذا ما عنته المادة ١٠٨٠ معاملات مدنية بقولها "إن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل".

وتطبيقاً لفكرة التبعية بين الالتزام الأصلي والكفالة فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بكل ما يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك به من دفوع. وذلك على الرغم من أنه يعتبر كفيلاً متضامناً في القانون الإماراتي. لأن صفة التضامن وإن كانت تنفى

---

(١) يرى البعض أن تعبير الكفالة العينية تعبيراً مضللاً لأنها في الحقيقة هي مجرد رهن مقدم من غير المدين. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، ص٢٧.

(٢) السنهوري، الوسيط ج١٠ ص ٢٠.

الصفة الاحتياطية لالتزام الكفيل المتضامن إلا أنه يظل في مركز تبعي للمدين الأصلي . ويلاحظ أنه على الرغم من كون الكفيل يكون متضامناً في القانون الإماراتي إلا أن المشرع أوجب أن تكون كفالته تبرعية في جميع الأحوال وبالتالي فإنه يفترض أنها تصرف مدني كنتيجة لصفة التبرعية إذ أن التبرع بعيد عن الحياة التجارية التي تقوم أساساً على الربح . فالمادة ١٠٩٨ معاملات مدني نصت على أنه " لايجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته ، فإن أخذ عوضاً عنها وجب عليه ردّه لصاحبه . وتسقط عنه الكفالة إن أخذه من الدائن أو من المدين أو من أجنبي بعلم من الدائن ، فإن أخذه بدون علم منه لزمته الكفالة مع ردّ العوض "[١] .

ومع ذلك فإن الكفالة إذا كانت في القانون الإماراتي لها الطابع المدني التبرعي[٢] ، فإنها وعلى سبيل الاستثناء تعتبر عملاً تجارياً في حالة الضمان الاحتياطي للأوراق التجارية طبقاً للمادة ٤١٣ معاملات تجارية والمادة ٧٧٩/ ٢ مدني مصري كما أن الكفالة قد تكون عملاً تجارياً بطبيعته كما هي الحال في الكفالة المقدمة من أحد البنوك لضمان دين على أحد عملائه إذ من المعلوم أن أعمال المصارف تعتبر من الأعمال التجارية بطبيعتها[٣] .

---

(١) وهذا هو رأي جمهور الفقه الإسلامي : مغني المحتاج ، ج٢ ، ص١٩٩ ، الشرح الكبير ، ج٣ ، ٣٣٠ ، فتح القدير ، ج٥ ، ص٤٠٣ ، المحلى لابن حزم ج٨ ، ص١١١ .

(٢) بل إن الكفالة تعتبر مدنية حتى لو كان الدين الكفول تجارياً ، المادة ٧٧٩ مدني مصري .

(٣) المادة الخامسة من قانون المعاملات التجارية الإماراتي .

### ٣- خطة البحث :

يقصد بدفوع الكفيل المتضامن تلك الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالوفاء. وسميت دفوعاً لأن الكفيل يتمسك بها غالباً في صورة دفع يدفع به دعوى الدائن ضده، إلا أنه ليس هناك ما يمنع - قانوناً - من إثارة هذا الدفع في صورة رفع دعوى مبتدأة من جانب الكفيل المتضامن، وذلك للوصول إلى تقرير براءة ذمته من الكفالة [1].

وإذا كان التزام الكفيل المتضامن يتحدد على أساس الإلتزام الأصلي الذي كفله، وكذلك بناء على عقد الكفالة الذي أبرمه مع الدائن. فإنه من البديهي أن ينشأ للكفيل المتضامن عدد من الدفوع وهي: الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول، والتي يكون من حقه أن يتمسك بها نظراً لتبعية التزامه للالتزام الأصلي. وكذلك يكون للكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفوع الناشئة من عقد كفالته ذاته [2].

وهذه الدفوع يمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات مختلفة.

وبناءً على ذلك فإننا سنقسم بحثنا إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: دفوع الكفيل المتضامن المتعلقة بالالتزام المكفول.

المبحث الثاني: الدفع بإضاعة التأمينات.

المبحث الثالث: الدفوع المتعلقة بتقصير الدائن في المطالبة.

خاتمة بأهم نتائج البحث.

---

(١) جميل الشرقاوي. المقال السابق. ص ٣٩، همام محمود ص ١٠٠.

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ٦٣، توفيق فرج ص ٤٩، عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية الإماراتي. التأمينات الشخصية والعينية. ص ٦٠.

# المبحث الأول
# دفوع الكفيل المتضامن المتعلقة بالالتزام المكفول

### ٤ - نص قانوني صريح في القانونين المصري والفرنسي :-

تنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني المصري على أنه " ١ - يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ٢ - على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه " .

وتنص المادة ٢٠٣٦ من القانون المدني الفرنسي على أن " يستطيع الكفيل أن يحتج بكل الدفوع المتعلقة بالمدين الأصلي والمتعلقة بالدين، ولكن لا يستطيع أن يحتج بالدفوع الشخصية المحضة للمدين " .

ويتضح من صراحة هذين النصين أن حكمهما ينصرف إلى الكفيل العادي والكفيل المتضامن. لأن صياغتهما جاءت مطلقة، غير مقصورة على نوع دون آخر. ومع ذلك فإن القانون المدني المصري قد أكد هذا الاستنتاج بنص آخر هو نص المادة ٧٩٤ الذي قرر فيه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين " . ولعل المشرع قد أورد هذا النص منعاً لأي شك قد يثور حول مركز الكفيل المتضامن في هذا الصدد[١] .

---

(١) فالتضامن وإن أفقد الكفيل صفته الاحتياطية إلا أنه لا يفقده صفة التبعية للالتزام الأصلي. أنظر في ذلك همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، دار المعارف الجامعية، سنة ١٩٨٩، ص ١٠٠ .

ولقد علقت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني على هذا النص بقولها : " يبحث هذا النص في مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائما محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين ، دون الدفوع الخاصة بالمدين أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العادي مع حرمانه من حقي التجريد والتقسيم . والتشريع المصري السابق ويجاريه المشروع في ذلك يؤيد الرأي القائل بأن الكفيل متضامناً كان أم عادياً له أن يدفع بكل دفوع المدين ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأي في الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل في التمسك بكل الدفوع التي للمدين حتى الشخصية منها . . . . . " [1] .

وبناء على ذلك فإنه يجوز للكفيل المتضامن – كقاعدة – أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يتمسك به المدين المكفول . أي له كافة الدفوع المتعلقة بالدين وتلك الخاصة بالمدين . وسوف نعطي تطبيقات لذلك فيما يأتي :

**٥ - تمسك الكفيل المتضامن ببطلان الالتزام المكفول : -**

بناء على رابطة التبعية التي تربط بين التزام الكفيل المتضامن والتزام المدين المكفول، والتي بمقتضاها يعتبر التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي في نشأته وصحته وانقضائه . فإنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بكل ما يجوز للمدين أن يتمسك به من دفوع ، وذلك باستثناء التمسك بإبطال الالتزام لنقص أهلية المدين

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي جـ ٥ ص ٥٢٦ .

incapacité إذا كان الكفيل قد كفله وهو عالم بذلك .

ولذلك تنص المادة ٧٧٧ مدني مصري على أنه "من كفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذه إذا لم ينفذه المدين المكفول "[١] .

وبناءً على هذا النص فإن التزام الكفيل بالوفاء يبقى، رغم أن المدين الأصلي قد زال التزامه بسبب تمسكه بالبطلان لنقص الأهلية . ولايمكن تفسير ذلك إلا بأن التزام الكفيل في هذه الحالة قد أصبح مديناً أصلياً وليس كفيلاً إذ لايجوز أن يعتبر كفيلاً بعد أن أبطل الالتزام الأصلي[٢] .

ولذلك اختلف الفقه في مصر في مسألة ما إذا كان هذا النص يعتبر استثنائياً يتضمن خروجاً على القواعد العامة : فالبعض رأي فيه ذلك، وبالتالي يجب أن يقتصر على حالة نقص الأهلية دون أن ينسحب إلى التصرفات الأخرى القابلة للإبطال في القانون المصري[٣]، بينما يرى البعض الآخر أن هذا النص لايتضمن أي خروج على القواعد العامة، وبالتالي فهو يمتد إلى جميع حالات القابلية للإبطال بأي

(١) وهذه المادة تقابل المادة ٢٠١٢/ ٢ مدني فرنسي .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ص٤٩ . سليمان مرقس، الوافي، الكفالة، ص٦٢ . أحمد سلامة . التأمينات المدنية، ص٤٠ ، عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، دار نشر الثقافة ١٩٥٠ص٨١ . منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية سنة ١٩٦٠، ص٣٥ . توفيق فرج التأمينات الشخصية والعينية، الاسكندرية ، سنة ١٩٨٤، ص٣٣، . جميل الشرقاوي، الكفالة كتأمين شخص للحقوق، مقال بمجلة الأمن والقانون بشرطة دبي، ص٢٨ السنة الثالثة .

(٣) جمال زكي، التأمينات الشخصية والعينية، سنة ١٩٧٩، ص٦١ . سليمان مرقس، ص٦٤، . عبد الخالق حسن، الكفالة دراسة مقارنة، ص ٥٦ وفي فرنسا مارتي ورينو رقم ٥٤٥ .

سبب كان غير نقص الأهلية[1] .

ونحن نرى وجوب اقتصار هذا النص على حالة نقص الأهلية دون أن يتعدى ذلك إلى حالات القابلية للإبطال الأخرى لأن هذا النص فيه خروج على قاعدة تبعية التزام الكفيل، فيجب أن يعمل في الحدود المنصوص عليها فقط .

فما حكم كفالة التزام ناقص الأهلية في القانون الإماراتي ؟

وترجع أهمية هذا التساؤل إلى أن التزام ناقص الأهلية يكون موقوفاً في القانون الإماراتي وليس قابلاً للإبطال، كما أنه لايوجد نص مماثل للمادة ٧٧٧ مدني مصري، وبالتالي يجب الاجتهاد للوصول إلى الإجابة على هذا التساؤل وذلك في ضوء القواعد العامة، وإلا فطبقاً للراجح من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل وفقاً للمادة الأولى من قانون المعاملات المدنية .

ويرى الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي جواز كفالة التزام ناقص الأهلية، وذلك على أساس أن تعهد الكفيل بضمان التزام ناقص الأهلية هو التزام مركب أو تعهد مركب : فهو ينطوي أولاً على كفالة حقيقية لالتزام ناقص الأهلية وهذا هو الالتزام الأصلي الذي اتجه إليه قصده، ولكنه يتعهد أيضاً بصفة احتياطية بأن يؤدي للدائن ماالتزم به المدين المكفول "ناقص الأهلية"، وذلك إذا تمسك هذا المدين ببطلان التزامه[2] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص٨١ . منصور مصطفى ص٣٥، أحمد سلامة ص٤١، جميل الشرقاوي ص٢٧، همام محمود ص٧٤ .

(٢) جميل الشرقاوي، ص٢٧ .

ونحن نرى أنه ليس هناك مايمنع -في قانون المعاملات المدنية- من صحة كفالة التزام ناقص الأهلية، وذلك استناداً إلى القواعد العامة، وذلك متى كان الكفيل عالماً بذلك وكفله بسبب نقص الأهلية. على أنه يلاحظ أننا نستخدم لفظ "الكفالة" تجوزاً لأن الإلتزام في حقيقته لايكون -في نظرنا- كفالة ولكنه تعهد عن الغير صادر من "الكفيل" يتعهد فيه بإجازة تصرف ناقص الأهلية وبعدم تمسكه بالبطلان، بحيث إن هذا التعهد يلزمه بصفة أصلية، ولايلزم المدين بشيء . ولذلك فلناقص الأهلية كامل الحرية في التمسك بالبطلان أو بإجازة التصرف دون أدنى مسؤولية عليه. على أنه لايجوز "للكفيل" أن يرجع بشيء على المدين ناقص الأهلية إذا لم يجز التصرف.

ومما يؤيد رأينا ماجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه " تجوز الكفالة بدين الصبي، ولكن إذا أدى الكفيل الدين فلا يرجع عليه بشيء، لأن الكفالة إن كانت بأمر الصبي فأمره غير معتبر، وإن كانت بغير أمره يكون الكفيل متبرعاً فلا يرجع بشيء على الصبي "[1].

أما إذا كفل الكفيل التزام ناقص الأهلية ليس بسبب نقص الأهلية كانت كفالته موقوفة بشأنها شأن الإلتزام الأصلي. ولذلك يكون للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بأن كفالته موقوفة مثل الالتزام الأصلي، بل يكون للكفيل أن يتمسك بذلك حتى لو نزل المدين عن هذا الدفع بإجازته للتصرف، وذلك لأنه لايجوز للكفيل بإرادته المفنردة أن يسوىء مركز الكفيل[2]

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص٣٣٩.

(٢) عبد الخالق حسن، الوجيز في قانون المعاملات المدنية، ص٦٣.

وتفريعاً على ذلك فإنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك ببطلان Nullité التزام المدين إذا تخلف فيه أحد أركان انعقاده [1].

كما يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بقابلية العقد للإبطال annulabilité فيما عدا ما يتعلق بنقص أهلية المدين إذا كان قد كفله وهو عالم بذلك . ولذلك فله أن يتمسك بجميع عيوب إرادة المدين من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال [2].

ومع ذلك يذهب جانب من الفقهاء إلى القول أنه لا يجوز للكفيل متضامناً كان أم غير متضامن التمسك بعيوب رضاء المدين. لأن التمسك بهذه العيوب يكون مقصوراً على صاحب الرضاء المعيب. لأن الحكم بإبطال التصرف لعيب في الرضاء يقتضي إثبات توافر عناصر العيب المؤدي إلى جزاء البطلان، وهذا لا يتم قانوناً إلا إذا شارك صاحب الإرادة المعيبة في إظهاره . ولذا لا يتصور أن يتمسك الكفيل بعيوب إرادة المدين إذا لم يتمسك بها المدين نفسه [3].

---

(١) السنهوري . ص ١٥٢ سليمان مرقس ، ص ٩٠ ، توفيق فرج . ص ٤٩ ، وفي فرنسا : Roland . N° 6;Mazeaud.N° 21 ;Marty et Raynaud. N° 545.

(٢) منصور مصطفى منصور . ص ٦٥ ، سليمان مرقس، ص ٩٠ ، جمال زكي . ص ٩٠ ، عبدالخالق حسن ص٦١ ، حمدي عبد الرحمن ص ٧٠ ، محي الدين اسماعيل علم الدين ص ٣٠٧ ، مازو . رقم ١٢ . ويلاحظ أن عيوب الإرادة في القانون الإماراتي هي الغلط والإكراه والتغرير للتعاقد بغبن فاحش فالاستغلال لم يرد ضمن عيوب الإرادة في القانون الإماراتي.

(٣) جميل الشرقاوي . ص ٤٠ وقريب من ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء في فرنسا في عدم التمسك من جانب الكفيل بعيوب إرادة المدين على أساس أنها من الدفوع الشخصية المحضة للمدين أنظر : Marty et raynaud. N° 545; Roland N° 6.

ونحن لا نؤيد هذا الرأي السابق فيما ذهب إليه . لأن الحجة التي استند عليها لا تقوم على أساس قانوني بقدر ما تقوم على أمر واقعي ، وهو أن عيوب الإرادة يصعب إثباتها بواسطة الكفيل ، وذلك بسبب تعلقها بعنصر نفسي خالص للمدين مما يتطلب أن يقوم هو نفسه بالتمسك بها حتى يتمكن من إثباتها . ولاشك في رأينا أن صعوبة إثبات عيوب الإرادة من جانب الكفيل المتضامن لا تقوم حجة لمنعه من التمسك بها ، وخاصة وأن النصوص صريحة [1] في جواز تمسك الكفيل بجميع دفوع المدين إلا ما يتعلق بنقص أهلية المدين إذا كان الكفيل قد كفله وهو عالم بذلك .

ولذلك فإننا نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقهاء [2] من أنه يجوز للكفيل أن يتمسك بعيوب إرادة المدين Vices de volonté حتى لو تنازل المدين عن التمسك بها ، لأن هذا التنازل هو تصرف بإرادة منفردة من جانبه . والقاعدة أنه لا يجوز للمدين بإرادته المنفردة أن يسوئ مركز الكفيل .

ويجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بفسخ العقد résolution الأصلي [3] .

### ٦ - تمسك الكفيل المتضامن بالمقاصة والتجديد : -

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدين المكفول ودين للمدين في ذمة الدائن . فيترتب على ذلك إنقضاء الدين المكفول كله أو بعضه ، فينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل . بل إنه يجوز للكفيل المتضامن التمسك

---

(١) المادة ٧٨٢ مدني مصري .

(٢) عبد الخالق حسن . ص ٦٢ - ص ٦٣ .

(٣) Civ. 20. déc 1988. D.1989. 166. note Aynés.

بالمقاصة Compensation حتى لو لم يتمسك بها المدين الأصلي باعتباره صاحب مصلحة في ذلك طبقاً للمادة ٣٦٥ مدني مصري التي تنص على أنه " لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها " [(١)].

وهذا ما نصت عليه المادة ٣٧٥ معاملات مدنية "تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين" .

ومع ذلك فإننا وجدنا جانباً من الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه لا يجوز للكفيل المتضامن أن يدفع بالمقاصة التي تحققت شروطها بين الدائن والمدين، وذلك على أساس أن الدفع بالمقاصة - على حد رأيهم - من الدفوع الشخصية المحضة للمدين Purement personnelle التي لا يجوز للكفيل أن يدفع بها مطالبة الدائن له[(٢)] .

ونحن لا نؤيد هذا الرأي حيث إننا سبق أن ذكرنا أن الفقه متفق على أن الدفوع الشخصية المحضة لا يدخل فيها الدفع بالمقاصة [(٣)] . كما أن اتجاه التقنينات الحديث الآن نحو توسيع حق الكفيل في التمسك بكل الدفوع التي تكون للمدين الأصلي[(٤)] .

---

(١) السنهوري . ص ١٥٢، منصور مصطفى . ص ٧١، سليمان مرقس . ص ٩٠، نبيل إبراهيم . ص ١٤٦ .
Planiol et Ripert. N° 1539; Marty et Raynaud. N° 553; GuillouardN° 219.
Civ 1 er juin 1983. Rev trim. dr. civ. 1984. 330. obs. Remy.

(٢) Mazeaud. N° 51-2, Roland. N° 28.

(٣) Marty et Raynaud. N° 554; Mazeaud. N° 21 et 36.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . جـ ٥ . ص ٥٢٦ .

كما يجوز للكفيل المتضامن التمسك ببراءة ذمته بسبب تجديد الدين novation. مع ملاحظة أن مجرد التغيير transformation في الشركة المدينة لا يعتبر تجديداً[1] .

وهذا مانصت عليه المادة ٣٥٤ مدني مصري . ولايوجد نص مماثل في قانون المعاملات المدنية ، لأن في نظام الوفاء بمقابل مايغني عن تجديد الدين بتغيير محله وفي نظام حوالة الدين ما يغني عن التجديد بتغيير المدين وحوالة الحق تغني عن التجديد بتغيير الدائن[2] .

وكذلك لا يعتبر تجديداً استبدال الكمبيالة المكفولة بأخرى بقصد تأجيل ميعاد الاستحقاق Report d'echéance[3] .

### ٧ - تمسك الكفيل المتضامن بالوفاء بمقابل : -

للكفيل المتضامن أن يتمسك كذلك بالوفاء بمقابل أو الوفاء الاعتياضي dation en paiment . وهذا ما نصت عليه صراحة الماد ٢٠٣٨ مدني فرنسي والمادة ٧٨٣ مدني مصري بقولها " إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء " .

---

(١) Com.2 juin 1987.gaz.pal.1987.Note Piedelivre..

(٢) عبد المنعم البدراوي، أحكام الإلتزام ١٩٨٦ ، ص٣٧١، ولايعرف الفقه الإسلامي نظام التجديد، لذلك لم ينص عليه قانون المعاملات المدنيةواكتفى بالنص على الوفاء بمقابل في المادة ١٠٨٨ وحوالة الدين في المادة ٦ , ١١ .

(٣) Com.12.juin.1978.D.1978.J.R.340.

ويبرأ الكفيل المتضامن عن طريق الوفاء بمقابل الذي يتم بشيء مختلف عن المحل المتفق عليه حتى لو استحق هذا الشيء بصريح النص المذكور [(١)] .

ولاشك أن هذا النص يتضمن خروجاً على القواعد العامة بتقريره براءة ذمة الكفيل حتى لو استحق الشيء المسلم . إذ أن القاعدة أن الوفاء الذي يبرئ ذمة الكفيل يجب أن يكون صحيحاً . وكان مقتضى ذلك أنه إذا استحق الشيء الموفى به أن يعود الدين مع ضماناته [(٢)] ولكن المشرع خرج على ذلك وقرر براءة ذمة الكفيل أي عدم عودة الضمانات الضامنة للدين .

أما المشرع الإماراتي فقد نص صراحة في المادة ١٠٨٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحق ذلك الشيء " [(٣)] .

وبذلك يكون المشرع الإماراتي قد التزم القاعدة العامة في عدم براءة ذمة المدين وتبعاً له الكفيل إلا إذا كان الوفاء صحيحاً . ومن ثم إذا تم الوفاء بشيء غير مملوك للمدين وفاءً اعتياضياً فاستحق هذا الشيء بعد ذلك ، فإن المدين لا تبرأ ذمته بل يعود الدين إلى ذمته مرة أخرى وتبعاً لذلك يعود التزام الكفيل .

---

(١) Jestaz. N° 298; Roland N° 35, Mazeaud. N° 36;Guillouord. N° . 257; Simler.N° 474; com. 20 oct. 1965. gaz. pal. 1966. 1.20.

(٢) يراجع تفاصيل ذلك في جمال زكي . ص ٩٤ وما بعدها .

(٣) وهذه المادة تطابق المادة ٩٧٧ مدني أردني .

ولكن هل يستطيع الدائن أن يشترط عند قبوله الوفاء بمقابل عدم براءة ذمة الكفيل إذا استحق الشيء الموفى به، وذلك حتى يتفادى النتائج السيئة للمادة ٧٨٣ مدني مصري والمادة ٢٠٣٨ مدني فرنسي ؟

ذهب البعض إلى جواز ذلك على أساس أن الوفاء الاعتياضي يكون في هذه الحالة شرطياً Conditionnelle فإذا تحقق شرط الاستحقاق eviction فإنه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي يبقى التزام الكفيل (١) .

بينما يذهب البعض الآخر إلى عدم جواز ذلك لأن هذا الشرط يكون باطلاً وبالتالي لا يقوم عقبة في سبيل إعفاء الكفيل (٢) .

ونحن نؤيد الرأي الأول لأننا نرى أن هذا النص ليس آمراً impérative لأن موضوعه حماية مصالح خاصة هي مصلحة الكفيل (إعفاءه) وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه ويجب العمل بهذا الاتفاق . ولعل ما يدعم رأينا أن المشرع العراقي نص صراحة على جواز الاتفاق على خلافه في المادة ١٠٢٩ مدني عراقي .

**٨ - خلاصة وتعليق : -**

ونخلص مما سبق أن التزام الكفيل المتضامن شأنه شأن الكفيل العادي يسيطر عليه قاعدة تبعية التزامه لالتزام المدين، بحيث إنه يجوز له أن يتمسك بكل دفع يجوز للمدين أن يتمسك به ، وناشيء من العلاقة الأصلية بين المدين والدائن اللهم إلا

---

(١) Laurent. Tome x xv 111. N$^{O}$ 282; Duranton. Tome XV 111. N$^{O}$ 383.

(٢) Guillouard N$^{O}$ 255.

الدفع الخاص بنقص أهلية الكفيل إذا كان المدين يعلم بذلك .

والكفيل المتضامن يختلف في ذلك عن المدين المتضامن الذي لا يستطيع أن يحتج إلا بالدفوع المشتركة بين جميع المدينين المتضامنين معه أو بالدفوع الخاصة به . ولكن ليس من حقه الدفع بانقضاء التزام مدين متضامن آخر بغير الوفاء إلا في حدود حصة هذا المدين . وهذا على خلاف الكفيل المتضامن الذي يتمسك بانقضاء الدين كله ولو لسبب غير الوفاء [1] .

ولذلك حكمت محكمة النقض المصرية " أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للالتزام الأصيل فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين [2] .

وبذلك يكون المشرع قد حابى الكفيل المتضامن وفرق بينه وبين المدين المتضامن . ومع ذلك فهذه المحاباة كما لاحظ البعض - بحق - تتفق مع منطق التبعية الذي يسود الكفالة حتى لو كانت تضامنية [3] .

(١) السنهوري ص ١٥٣ . وراجع المواد من ٢٨٥ إلى ٢٩٢ مدني مصري .

(٢) نقض مدني ١٥/ ٣/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفني س ٢٧ ص ٦٣٧ الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ ق. معوض عبدالتواب ص ١٥٣٣ . نقض مدني ٢٨/ ١٢/ ١٩٧٢ س ٢٣ مجموعة المكتب الفني ص ١٤٨٧ معوض عبد التواب ص ١٥٣٣ .

(٣) أحمد سلامة ص ٥٥ .

## ٩ - تمسك الكفيل بالدفوع باسمه الشخصي :

ويلاحظ أن تمسك الكفيل المتضامن بالدفوع المتعلقة بالمدين ليس باسم هذا المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة action Oblique بل إن الكفيل المتضامن يتمسك بهذه الدفوع باسمه الشخصي (١) . وذلك لأن هذه الدفوع يقصد منها تقرير إعفاء الكفيل من الإلتزم ، وبالتالي فإنه يكون صاحب مصلحة شخصية ومباشرة في التمسك بها (٢) .

وبناء على ذلك فإنه يكون للكفيل المتضامن أن يتمسك بهذه الدفوع حتى لو تنازل عنها المدين الأصلي ، أو أهمل في التمسك بها (٣) فحق الكفيل في هذه الدفوع يستمده من القانون نفسه وبالتالي فلا يتأثر حقه فيها بتنازل المدين عنها ، يضاف إلى ذلك أنه لا يجوز للمدين بإرادته المنفردة أن يسوئ مركز الكفيل المتضامن عما كان عليه وقت إبرام عقد الكفالة (٤) .

ولذلك فإنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتدخل في أي وقت في الدعاوى القائمة بين المدين والدائن ليبدي أي دفع من الدفوع التي له مصلحة فيها ، والتي قد لا يتمسك بها المدين نفسه (٥) . وبذلك يتفادى الكفيل أي تواطؤ أو غش fraude قد يقوم بين

(١) مرقس ص ٩٧ ، جمال زكي ص ٩٦ ، أحمد سلامة ص ٥٥ ، منصور مصطفى ص ٦٤ ، همام محمود ص ١٠٠ جميل الشرقاوي ص ٣٩ . وفي فرنسا Laurent. N° 200, Guillouard. N° 232.

(٢) حمدي عبدالرحمن ص ٧٠ ، سليمان مرقس ص ٩٤ . تمييز دبي ٢٦/ ١١/ ٢٠٠٠ الطعنان رقما ٣١٩ ، ٣٥١ لسنة ٢٠٠٠ . القضاء والتشريع عدد ١١ ص ٩٤٨ .

(٣) جمال زكي ص ٩٦ ، منصور مصطفى ص ٦٤ .

(٤) همام محمود . ص ١٠٠ .

(٥) منصور مصطفى . ص ٦٤ ، جميل الشرقاوي . ص ٣٩ .

الدائن والمدين ويكون من شأنه الإضرار بمصلحته الشخصية [1] .

**١٠- مدى جواز تمسك الكفيل المتضامن بالدفع بالأجل الممنوح للمدين:**

باديء ذي بدء نقرر أنه من الجائز للكفيل المتضامن أن يلتمس من القاضي منحه نظرة الميسرة، وذلك نظراً لظروفه الشخصية التي قد تستدعي ذلك، شأنه في ذلك شأن أي مدين طبقاً للقواعد العامة [2] ولقد طبق القضاء الفرنسي هذه القاعدة كثيراً في أحكامه [3].

أما إذا اتفق الدائن والمدين على منح الأخير مهلة للوفاء بالتزامه . فهل يستفيد الكفيل المتضامن من هذا الأجل الاتفاقي ؟ .

**اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين:**

فذهب البعض إلى أنه لا يجوز للكفيل المتضامن أن يستفيد من الأجل الممنوح من الدائن للمدين [4] وتعليل ذلك أن نص المادة ٢٠٣٩ من القانون المدني الفرنسي

---

(١) حمدي عبد الرحمن . ص ٧١.

(٢) تنص المادة ٣٤٦/ ٢ من القانون المدني المصري على أنه " يجوز للقاضي في حالات إستثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظره إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم " . وهذه المادة تقابل نص المادة ١٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي .

(٣) Civ. 28 N 1973 . Bull. civ. 1. N° 330.
Com 7. juin 1968. Bull. civ N° 178.
Com.13 Juill 1955. Bull. civ .111.N° 261.
Bordeaux 18 Mars 1980 . J.C.P. 81. éd. G.1V.227.
Rouen 21 sept. 1973 Rev. trim.dr. Com.1974.128.Obs.cabrillac et Rives- Lange.

(٤) Planiol et Ripert. N° 1939, Roland.N° 16; Mazeaud. N° 49;Simler N° 23;
Req 28 fév 1939.J.C.P.1939.2.1221.

تنص على أن مجرد مد الأجل للمدين لا يعفي الكفيل [1]. يضاف إلى ذلك أن الكفيل المتضامن كان يجب عليه أن يتوقع أنه من الممكن أن يقوم بالوفاء بالدين في ميعاد الاستحقاق الأصلي [2].

في حين يذهب البعض الآخر إلى أنه يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالأجل الممنوح من الدائن للمدين ، وذلك لأن القاعدة أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أثقل من التزام المدين بالنظر إلى صفة التبعية لالتزامه [3].

ونحن من جانبنا نؤيد أصحاب الرأي الأول في أنه لا يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالأجل الممنوح من الدائن للمدين، وذلك لأنه من المسموح للدائن أن يطالب الكفيل المتضامن قبل مطالبته للمدين، دون أن يواجه بالدفع بضرورة مطالبة المدين أولاً . فمنح الدائن للمدين أجلاً يدل على رغبته في مطالبة الكفيل المتضامن دون مطالبة المدين. وهذا الأمر جائز في الكفالة التضامنية [4].

---

(١) لم يتضمن القانون المصري نصاً مماثلاً لهذا النص . ومع ذلك فإن المادة ٧٨٥/ ١ مدني مصري نصت على أنه " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها " .

(٢) Guillouard. N° 251; civ.17 aoUt 1859. S.1860.145.
ولا يمكن الاستناد في هذا الصدد على أن المهلة الممنوحة من الدائن للمدين تمثل دفعاً من الدفوع الشخصية له . حيث إنه سبق أن ذكرنا أن الدفع الشخصي المحض الوحيد للمدين هو نقص أهليته إذا ضمنه الكفيل وهو عالم بذلك .

(٣) Marty.obs. Rev. trim. dr. civ. 1939.p.783.
Holleaux. Note. Req.23 juin. 1929.D.P.1931.1.73.

(٤) حيث إنه بمقتضى التضامن في الكفالة يحرم الكفيل المتضامن مع المدين من الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، والدفع بعدم جواز الرجوع عليه إلا بعد الرجوع على المدين . راجع المادة ٧٨٨/ ١ والمادة ٧٩٣ من القانون المدني المصري .

أما بالنسبة لنظرة الميسرة délais de grace التي يمنحها القاضي للمدين مراعاة لظروفه الصعبة التي يمر بها، وكذلك الأجل الذي قد يمنحه القانون في أوقات الأزمات لفئة معينة من الناس والتي ينتمي إليها المدين . فإنه من المتفق عليه أن الكفيل المتضامن – حتى الكفيل العادي – لا يستطيع التمسك بهذا الأجل والاستفادة منه . لأن منح هذا الأجل للمدين يعتبر دليلاً قاطعاً على إعسار المدين مما يسمح للدائن بمطالبة الكفيل [1] . ومن المعلوم أن نظرة الميسرة يعرفها القانون المصري بمقتضى المادة ٣٤٦/ ٢ والقانون الإماراتي بمقتضى المادة ٣٥٩/ ٢ والقانون الفرنسي في المادة ١٢٤٤ . ولذلك فالحكم ينطبق في كل هذه القوانين

ويلاحظ كذلك أن سقوط الأجل déchéance الذي قد يخضع له المدين بسبب إفلاسه أو إعساره، يكون – عديم التأثير على التزام الكفيل المتضامن [2] وذلك لأن الكفيل كان قد التزام بالوفاء عند حلول أجل الدين لا قبل ذلك [3] . وهذا هو الحكم في القانونين المصري والإماراتي .

---

(١) Roland N° 16; Marty et Raynaud.N° 569; Mazeaud.N° 49; Simler.192; chambéry. 6 fév .1979. jaz. Pae. 1980. 2.452.
Aix.8 juin. 1965. gaz.pal.1966.1.24;Req.28 fév.1939. J.C.P.11.11121.

(٢) Simler.N°192 .

(٣) ولقد نصت المادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري على أسباب سقوط الأجل : " يسقط حق المدين في الأجل : ١ – إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ –إذا أضعف بقوله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة المدين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ – إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات " . وهذا مانصت عليه المادة ٤٣١ معاملات مدنية .

## المبحث الثاني
## الدفع بإضاعة التأمينات

### ١١ - الدفع بإضاعة التأمينات من حق أي كفيل : -

تنص المادة ٧٨٤ من القانون المدني المصري على أنه " ١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢ - ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون " . وكذلك نصت المادة ٢٠٣٧ من القانون المدني الفرنسي على أنه " يعفى الكفيل من التزامه عندما لم يعد من الممكن أن يحل محل الدائن في الحقوق، والرهون، والإمتيازات وذلك بفعل الدائن " .

وقبل أن نوضح كيف أن هذين النصين أجازا الدفع بإضاعة التأمينات لكل كفيل . فإننا نشير إلى أن هذا الدفع بإضاعة التأمينات أو كما يسمى في فرنسا الدفع بالحلول exception de subrogation كان مقرراً للكفيل منذ القانون الروماني، حيث كان يجبر الدائن على التنازل للكفيل عن كل ضماناته وحقوقه ودعاواه ضد المدين الأصلي حتى يستطيع الرجوع على المدين بمقتضى الحلول . ثم خول القانون الروماني بعد ذلك للكفيل حق الرجوع على المدين على أساس الحلول ، وأوجب على الدائن ألا يعمل على جعل هذا الحلول غير مفيد أو غير فعال، بخطئه في المحافظة على التأمينات الخاصة [1] . ولذلك كان هذا الدفع يسمى في القانون

(١) Mazeaud. N° 40, Marty et Raynaud N° 562 .

الروماني بالدفع بالتنازل عن الدعاوى exception de cession des actions [1] .

ويتضح من نص القانونين المصري والفرنسي السابق الإشارة إليه أن الدفع بإضاعة التأمينات يكون لكل كفيل متضامناً كان أو غير متضامن، ولكنه يكون ممنوعاً على المدين المتضامن [2] .

ونظراً لأن الضامن الاحتياطي يعتبر كفيلاً متضامناً فإنه يجوز له الدفع بإضاعة التأمينات [3] . ويمكن تعريف الضمان الاحتياطي بأنه كفالة التزام ثابت في ورقة تجارية[4]، ومصدر تضامن الضامن الاحتياطي هو نص القانون نفسه[5] .

---

(١) Marty et Raynaud. $N^{O}$ 562.

(٢) السنهوري ص ٤٢١ ، سليمان مرقس ص ١٠٢ ، جمال زكي ص ١٠٧ ، منصور مصطفى ص ٩٤ ، سمير تناغو ص ٩٠ ، همام محمود ص ١٢٢ ، عبدالسلام ذهني ص ٣٠ ، نبيل سعد ص ١٥٥ . وفي فرنسا :
Planiol et Ripert. $N^{O}$ 1558, Mazeaud. $N^{O}$ 40, Guillouard. $N^{O}$ 243; Roland. $N^{O}$ 44; Marty et Raynaud. $N^{O}$ 562; Jestaz. $N^{O}$ 254.
Civ 2 fév 1972. Bull. civ. 1. $N^{O}$ 37.P.43..
Com. 8 Mai 1968. Bull. civ.1V. $N^{O}$ 505.
Civ. 4 oct 1965.Bull. civ.1. $N^{O}$ 148.P.132.
Req.30 Juin. 1942.D.1943.21.

(٣) Paris. 5oct 1966. J.C.P.1967.11.15301.Note Lescot.
Req 30 juin 1942. D. 1943.21; Paris 31 oct 1950. gaz. pal. 1951.1.14. Roland. 44; Jestas. $N^{O}$ 329; Planiol et Ripert $N^{O}$ 1558, 242
وفي الفقه المصري : السنهوري ص ٢٤٢ .
ومع ذلك ذهبت بعض الأحكام إلى عدم جواز الدفع بإضاعة التأمينات للضامن الاحتياطي وذلك على أساس أن نظام الحلول يبدو غريباً على الرجوع الصرفي :
Com. 28 oct. 1952. J.C.P. 1953.11.7588. Note Lescot.
MontPellier. 1 er fév 1954. J.C.P. 1955.11. Note Roblot.

(٤) أمين محمد بدر ، الأوراق التجارية في التشريع المصري، سنة ١٩٥٤ ص٢١١ ومابعدها .

(٥) " ويلزم الضامن الاحتياطي بالوفاء على وجه التضامن . . " المادة ١٣٩ تجاري مصري والمادة ٥٢٨ معاملات تجارية والمادة ١٣٠ تجاري فرنسي .

أمـا بالنسـبـة للكفـيل العـيني Caution reélle فـإن الرأي الغـالب يذهب إلى أنه يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بالدفع بإضاعة التأمينات شأنه في ذلك شأن الكفيل الشخصي، لأن نصوص القانون جاءت بصيغة عامة لا تفرق بينهما، بالإضافة إلى أن الحكمة من هذا الدفع متوافرة بالنسبة لهما فهما مسئولان عن دين غيرهما وبالتالي يكون لهما الرجوع على المدين بعد الوفاء والحلول محل الدائن في التأمينات الخاصة الضامنة للدين [1] .

ومع ذلك يذهب بعض الفقه إلى أنه لا يجوز للكفيل العيني الدفع بإضاعة التأمينات لأنه ليس ملتزماً شخصياً في ذمته المالية بالدين المكفول ، وإنما تتركز كفالته في شيء معين بالذات فقط مما يجعله يختلف عن الكفيل الشخصي، يضاف إلى ذلك أن القانون قرر حكماً استثنائياً للكفيل الشخصي، ولهذا لا يجوز التوسع في هذا الحكم ومده إلى الكفيل العيني [2] .

ولاشك في عدم تأييدنا لهذا الرأي لأن نص القانون جاء بصيغة عامة وقرر هذا الدفع " للكفيل " مما يعني أن حكمه يشمل كل كفيل . ولاشك أن الكفيل العيني يصدق عليه لفظ الكفيل وإن تركزت كفالته في شيء معين بالذات .

---

(١) عبد السلام ذهني ص ٣٠، منصور مصطفى ص ٧٤، السنهوري ص ٢٤٢ ، جمال زكي ص ١٠٧ ، سليمان مرقس ص ١٠٢ ، سمير تناغو ص ٩٠ ، نبيل سعد ص ١٥٦ . وفي فرنسا : Aubry et Rau N° 249; Rolnd. N° 44. Planiol et Ripert N° 1558, Jestaz. N°238.

Civ 2 déc. 1902. S. 1904. 408.

(٢) Laurent. N° 151; Guillouard. N° 246.

**١٢ - خلاصة :**

والخلاصة أن الدفع بإضاعة التأمينات يكون لكل كفيل عادياً كان أم متضامناً ، شخصياً كان أم عينياً .

ولذلك لم يسمح الفقه والقضاء للحائز للعقار المرهون tiers detenteur d'un immeuble hypothequé بالتمسك بالدفع بإضاعة التأمينات لأنه لا يعتبر كفيلاً [١] .

ومع ذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي رفض هذا الدفع على الشريك المتضامن associé gérant الذي يكفل الشركة التي هو شريك فيها ، وذلك بسبب اختلاط شخصيته ومصلحته مع مصلحة المدين المكفول [٢] .

**١٣ - عدم جواز التمسك بهذا الدفع للمدين المتضامن :**

يختلف الكفيل المتضامن عن المدين المتضامن في أن الأول يجوز له الدفع بإضاعة التأمينات ، أما المدين المتضامن Codébiteurs solidaires فلا يجوز له هذا الدفع . ويرجع ذلك إلى صفة التبعية لالتزام الكفيل حتى لو كان متضامناً [٣] . أما المدين المتضامن فهو - على العكس - يلتزم التزاماً أصلياً لحساب الخاص ، وحتى لو كان التزامه لمصلحة الغير عندما يكون مديناً متضامناً دون مصلحة له في الدين ، فإن

---

(١) السنهوري ص ٢٤٢ ، عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٢ ، جمال زكي ص ١٠٧ وفي فرنسا :
Guillouard N° 246; Planiol et Ripert . N° 15558; civ. 18 déc 1854. D.P.1855. 1.34; civ.11. Mars. 1852. D. 1852.1. 97; civ 2 déc 1846. D.1847. 1.5.

(٢) Trib. com. seine. 7 janv. 1966.gaz.pal. 1966. 1. 317.

(٣) سمير تناغو ص ٩٠ .

شكل وصورة تعهده لا تسمح بمعرفة ذلك . ومن ثم فإنه يعامل في علاقته بالدائن معاملة المدين المتضامن العادي أي صاحب المصلحة في الدين فلا يكون له الدفع بإضاعة التأمينات. يضاف إلى ذلك أن النص الذي ينظم هذا الدفع له صفة الاستثنائية التي تجعله محصوراً في نطاقه فقط " الكفيل " إذ أن هذا الدفع سبب من أسباب السقوط لأنه يترتب عليه براءة ذمة الكفيل، وأسباب السقوط decheánce يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً [1] .

وإذا كانت ذمة المدين المتضامن دون مصلحة له في الدين لا تبرأ بسبب إضاعة الدائن للتأمينات، إلا أن له بعد أن يقوم بالوفاء الحلول محل الدائن في التأمينات الضامنة للدين . فإذا كان الدائن قد أضاع هذه التأمينات أو قصر في المحافظة عليها ، كان له حق الرجوع عليه بالتعويض عما أصابه من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية . ومع ذلك فإن الدائن إذا كان قد تعهد للكفيل بالمحافظة على هذه التأمينات فإن رجوعه في هذه الحالة يكون على أساس المسؤولية العقدية [2] .

**١٤ - أساس براءة ذمة الكفيل المتضامن : -**

اختلف الرأي حول أساس براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات خاصة :

فذهب البعض إلى أن أساس براءة ذمة الكفيل في هذه الحالة يقوم على أساس أن الكفالة من العقود الملزمة للجانبين contrat synallagmatique وبالتالي يجوز

---

(١) Guillouard.N° 245.

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٧٤.

للكفيل أن يفسخ عقده لعدم تنفيذ الدائن لالتزامه بالمحافظة على التأمينات [١] .

ولقد وجهت سهام النقد إلى الرأي القائل بأن الكفالة عقد ملزم للجانبين لأن فيه مسخاً لعقد الكفالة ولا يتفق مع الحقيقة لأن الكفالة بحكم طبيعتها عقد ملزم لجانب واحد unilatéral . فالعقد لا يكون ملزماً للجانبين إلا إذا كانت الالتزامات المتبادلة فيه يعتبر كل منها مقابلاً للإلتزام الآخر [٢] . يضاف إلى ذلك أن العقد الملزم للجانبين يجب أن ينشيء منذ تكوينه التزامات متقابلة [٣]، ولا يوجد هذا الارتباط في عقد الكفالة بدليل أن هذا الالتزام يقوم في ذمة الكفيل ليس من وقت نشأة الكفالة بل من وقت نشأة التأمينات الخاصة والتي يمكن أن تنشأ بعد الكفالة بصريح نص المادة ٧٨٤ من القانون المدني المصري [٤] .

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن أساس براءة ذمة الكفيل من التزمه بالوفاء في مواجهة الدائن يكمن في فكرة السبب Cause على أن الكفيل لم يلتزم بضمان الوفاء بالدين المفكول إلا بالنظر لوجود تأمينات أخرى لدى الدائن ، يأمل أن يحل محله

---

(١) Whal. Note au. S. 1911.. 529; Aubry et Rau N° 429.
ومن الفقهاء في مصر أيضاً من اعتبر الكفالة من العقود الملزمة للجانبين في الحالة التي يكون فيها الدين المكفول مضموناً بتأمين آخر حيث ينشأ التزام بالمحافظة على هذه التأمينات على عاتق الدائن . انظر عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٥ ، سليمان مرقس ص ١٣ .

(٢) جمال زكي ص ٩٩ .

(٣) عبد المنعم الصده . نظرية العقد في قوانين البلاد العربية . طبعة بيروت . ص ٧٠ .

(٤) من الفقهاء الفرنسيين الذين انتقدوا فكرة العقد الملزم للجانبين . أنظر :
Marty et Raynaud N° 542.

فيها ، فكان هذا الحلول هو الباعث الدافع على التعاقد [١] .

ولكن ينتقد هذا الرأي بأننا إذا سرنا في منطقه حتى النهاية ، لكان معنى ذلك أن الكفيل يكون من حقه أن يتمسك بهذا الدفع ، حتى لو هلكت التأمينات بقوة قاهرة مادامت هذه التأمينات هي سبب التزامه [٢] ، وهو ما لا يجوز حيث أن براءة ذمة الكفيل تقتصر على هلاك التأمين بخطأ الدائن . ولذلك فإن سبب التزام الكفيل يكمن في الحقيقة في العلاقة القائمة بينه وبين المدين [٣] . وغالباً ما يكون هذا السبب هو إسداء الخدمة أو الجميل للمدين بتمكينه من الحصول على ما يحتاج إليه من مال [٤] .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس براءة ذمة الكفيل في هذه الحالة يرجع إلى أن الكفالة عملية مركبة تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولا يجوز لأي واحد منهم أن يسوئ مركز الآخر . فمثلاً لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعدم التمسك بدفوعه أو بنزوله عنها ، بل يبقى للكفيل حق التمسك بها رغم ذلك . وكذلك لا يجوز للكفيل أن يسوئ مركز المدين بعدم التمسك بدفوع تتعلق بالدين المكفول . وفي هذه الحالة يجوز للمدين أن يدفع بها رجوع الكفيل عليه . وبالمنطق نفسه لا يجوز للدائن أن يسوئ مركز الكفيل بإضاعة التأمينات التي تضمن رجوعه

---

(١) Req. 4 N$^{O}$ . 1891. D.P. 97.1. 569. Note Guenée;Sigalas thése. N$^{O}$ 99.

(٢) Jestaz. N$^{O}$ 319.

(٣) جمال زكي . ص ٩٩ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي . ص ٦٧ .

على المدين . وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بقدر التأمينات التي أضاعها الدائن بخطئه [1] .

## ١٥ - رأينا في الموضوع : -

ونحن نرى أن أساس براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات خاصة يرجع إلى فكرة تبعية إلتزام الكفيل وعدم وجود مصلحة له في الدين إذ أنه ضمن دين غيره . وبالتالي يكون له الرجوع بما وفاه على المدين ، إما عن طريق الدعوى الشخصية أو عن طريق دعوى الحلول . وهذا يوجب على الدائن أن يحافظ على التأمينات التي تضمن الدين ، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الرجل المعتاد وإلا كان مسئولاً قبل الكفيل عما يصيبه من أضرار من جراء ضياع التأمينات [2] . وذلك لأن القانون يوجب على العاقد أن ينفذ التزامه بحسن نية Bonne foi وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [3] . فاعتبارات العدالة هي التي دعت إلى وضع النص الخاص بالدفع بإضاعة التأمينات ، فالكفيل يكون من حقه الرجوع على المدين بما وفاه عن طريق الحلول محل الدائن في حقوقه وضماناته ، وإنه مما يجافي مبادىء العدالة أن يهمل في المحافظة على هذه التأمينات [4] .

---

(١) جمال زكي . ص ٩٩ وفي فرنسا : De Page. traité élémentaire. de droit civil Belge . Tom 6.N

(٢) منصور مصطفى ص ٧٣ ، حمدي عبد الرحمن . ص ٨٥ ، همام محمود ص ١٢٢ .

(٣) المادة ١٤٨ مدني مصري والمادة ١١٣٥ مدني فرنسي .

(٤) Guillouard. N$^{O}$ 243.

وبناء على ذلك فإن الدائن إذا أهمل في المحافظة على التأمينات يكون قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته ففكرة خطأ الدائن هي أساس مسؤوليته [1]، لأنه يكون قد سلك مسلكاً لا يتفق ومسلك الرجل المعتاد . فإذا ترتب على هذا المسلك الخاطيء ضرر للكفيل فإن الدائن يلتزم بتعويضه . وقد رأى المشرع أن يجري المقاصة بين مقدار التعويض المستحق للكفيل ومقدار الدين الذي يطالب به الدائن [2] ، بحيث يكون التعويض في حدود الضرر الذي أصاب الكفيل [3] . ومن ثم فإننا نرى أن أساس مسؤولية الدائن إذا أهمل في المحافظة على التأمينات في القانون المصري هي مسؤولية عقدية حيث يرتبط الكفيل مع الدائن بعقد، وهذا العقد يجب تنفيذه بحسن نية وفقاً للقانون والعرف والعدالة (المادة ١٤٨ مدني مصري) .

### ١٦ - شروط التمسك بالدفع " تعداد الشروط "

يشترط لتمسك الكفيل المتضامن ببراءة ذمته في حدود التأمينات التي أضاعها الدائن بخطئه ثلاثة شروط : أن يوجد تأمين خاص يقوم إلى جانب الكفالة، وأن يضيع الدائن بخطئه شيئاً من هذه التأمينات الخاصة، وأن يترتب على إضاعه هذه التأمينات الخاصة ضرر للكفيل . وذلك على التفصيل الآتي : -

(١) عبد السلام ذهني : ص ٣٠ ، منصور مصطفى ص ٧٣ ، حمدي عبد الرحمن ص ٨٥ .

(٢) حمدي عبد الرحمن ص ٨٥ .

(٣) Civ. 3 déc 1941. D. 1942. 49.

# الشرط الأول
# وجود تأمين خاص

يشترط أولاً للدفع ببراءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة الدائن للتأمينات أن توجد ضمانات خاصة garanties spéciales تقوم إلى جانب الكفالة . وسوف نوضح المقصود بهذه الضمانات الخاصة .

**١٧ - المقصود بالضمانات الخاصة : -**

حدد المشرع المصري في المادة ٧٨٤/ ٢ المقصود بالضمانات الخاصة بأنها " يقصد بالضمانات الخاصة في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون " . أما المادة ٢٠٣٧ من القانون المدني الفرنسي فقد كانت أكثر اختصاراً وأقل وضوحاً من نظيرتها المصرية حيث عبرت عن هذه الضمانات الخاصة بقولها : " حقوق . رهون . إمتيازات " . ونصت المادة ١٠٩١ معاملات مدنية على أنه " فإذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني آخر فإنه يجب على الدائن التخلي عنه للكفيل إذا كان منقولاً أو نقل حقوقه له إن كان عقاراً " .

وبناءً على ذلك فإنه يُقصد بالتأمين الخاص معناه الواسع الذي يقوم بالمقابلة للضمان العام gage général . فيدخل في الضمان الخاص في هذا الصدد الضمانات الشخصية والضمانات العينية ، سواء كانت مقررة بالاتفاق أو بالقانون أو بحكم القاضي . ومن ذلك الرهن الحيازي والرهن الرسمي ، وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، أو كفالة أخرى تقوم إلى جانب الكفالة الموجودة أو التضامن بين المدينين

الملتزمين حيث يعتبر من قبيل التأمين الشخصي وكذلك يعتبر حق الحبس droit de rétention من الضمانات الخاصة في هذا الشأن (١) .

فالتأمين الخاص إذن له معنى واسع يشمل كل ميزة أو أفضلية معينة للدائن، وبالتالي يمكن أن تعود على الكفيل نتيجة لحلوله محل الدائن بعد الوفاء، وذلك بالمقابلة للضمان العام الذي يتساوى فيه جميع الدائنين (٢) .

وترتيباً على ذلك فإنه لا يشترط أن يكون التأمين الخاص من التأمينات المسماة ، بل يكفي أن يكون ميزة للدائن ومن قبيل ذلك تنازل المؤجر (الدائن) عن حقه في استيفاء دين الأجرة مقدماً كما هو مشترط في عقد الإيجار، فيكون للكفيل الذي ضمن المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته لإضاعة الدائن لهذه الميزة الخاصة (٣) .

ولا يشترط أن يكون التأمين الخاص مقرراً على مال المدين نفسه، بل يجوز أن يكون مقرراً على مال الغير كالكفيل العيني (٤) ولا يشترط أن يكون الدائن شخصاً من أشخاص القانون الخاص، فيمكن التمسك بهذا الدفع في مواجهة جهة الإدارة إذا

---

(١) السنهوري . ص ٢٤٥ ، منصور مصطفى ص ٧٥، محمود زكي . ص ١٠١ توفيق فرج ص ٥٦ ، سليمان مرقس . ص ١٠٤ ، أحمد سلامة ص ٦٠ ، همام محمود ص ١٢٣ . وفي فرنسا أنظر :
Jestas. N° 332;Roland. N° 45 .
Mazeaud . N° 40; Marty et Raynaud. N° 562; Planiol et Ripert N° 1559 .

(٢) Roland. N° 45.

(٣) سمير تناغو . ص ٤٣ . وعكس ذلك همام محمود. ص ١٢٣ حيث يذهب إلى تفسير ذلك بأنه بمثابة أجل ممنوح من الدائن للمدين .

(٤) سليمان مرقس ص ١٠٤ .

أضاعت بخطئها الامتيازات المقررة لها [1] .

### ١٨ - توسع القضاء الفرنسي في المقصود بالتأمين الخاص :

لقد توسع القضاء الفرنسي كثيراً في المقصود بالضمانات الخاصة . حيث حكم بأنه يعتبر من قبيل الضمان الخاص الذي يسأل عنه الدائن في مواجهة الكفيل تنازل الدائن عن الحجز على المنقول [2] .

وكذلك اعتبر القضاء الفرنسي من قبيل إضاعة التأمين الخاص التنازل عن حق فسخ العقد الأصلي [3] ، بل اعتبر القضاء الفرنسي من قبيل التأمين الخاص مجرد الوعد بالتأمينات الخاصة ، حيث قضى بجواز تمسك الكفيل بالدفع بالحلول بسبب عدم إنشاء المدين للرهن الذي وعد بإنشائه ، وتقاعس الدائن عن القيام بأي إجراء ضده لإجباره على ذلك [4] .

---

(١) Civ. 6 fév. 1911.D.1911.1. 253. civ . 18. déc. 1844.D.45.1.47.

(٢) Civ. 27 Non.1973.Bull . civ. 1. N° 322, com 4 déc .1945.Bull.civ.11. N° 363.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو تحفظي أو حجز مال مدينه لدى الغير . . . . . ولا يترتب عليها ضياع التأمينات ولكنها مع ذلك تؤثر في حق الكفيل . . . . . فيكون الدائن مسؤولاً عنها طبقاً لقواعد المسؤولية مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل " المذكرة الإيضاحية . جـ ٣ ص ٧٤٥ . ولاشك أن موقف المذكرة الإيضاحية يفضل موقف القضاء الفرنسي .

(٣) Com.7 déc.1981.Bull. civ. 1V. N° 427, civ.12. Nov.1974. Bull.civ.111.N° 408; com.7 oct. 1968.Bull.civ.1v. 252.

(٤) Com.5 janv.1957. Bull. civ.111.N° .7.

ولقد انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين هذا القضاء " المتحرر " وأنه يجب عدم الترحيب به [1].

وكذلك حكم القضاء الفرنسي بأن الدائن المرتهن رهناً حيازياً لعقار يكون قد أضاع تأميناً خاصاً إذا أبرم عقد إيجار طويل المدة لهذا العقار، مما ترتب عليه تخفيض قيمته السوقية [2].

ونحن نرى أن القضاء الفرنسي قد توسع كثيراً في معنى التأمين الخاص، بل إن بعض الفقهاء الفرنسيين قد أبدى نقده الشديد لهذا التوسع القضائي [3].

**١٩ - إفتراض وجود التأمين ثم إضاعته : -**

يلاحظ أن إضاعة الدائن لتأمين خاص يفترض أن يكون التأمين قد وجد ثم أضاعه الدائن. ولذلك فلا تبرأ ذمة الكفيل بسبب عدم حصول الدائن على تأمين كان يمكن أن يحصل عليه . ومن ذلك أن المؤجر له أن يطلب - قانوناً - من المستأجر وضع منقولات بالعين المؤجرة تكفي للوفاء بدين الأجرة لمدة سنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك [4] حيث يكون للمؤجر إمتياز على هذه المنقولات [5]. فإذا لم يطالب المؤجر بوضع هذه المنقولات، فلا ينشأ حق الإمتياز له . ومع ذلك لا يجوز للكفيل

---

(١) Jestaz.N° 336.

(٢) Nancy.19. fév.1858.Sirey.58.244.

(٣) Jestaz.N° 337.

(٤) المادة ٥٨٨ من القانون المدني المصري .

(٥) المادة ١١٤٣ من القانون المدني المصري .

أن يشتكي من ذلك [1] بيد أن هذا الفعل السلبي من جانب الدائن في عدم سعيه للحصول على الضمان الخاص قد يرتب مسؤوليته التقصيرية responsabilité délictuelle إذا شكلت سلبيته خطأ ترتب عليه ضرر للكفيل [2].

وبناء على ذلك حكم القضاء الفرنسي بعدم جواز التمسك بالدفع بالحلول " إضاعة التأمينات " إذا كان التأمين المدعى بضياعه ليس إلا مجرد أمل simple expectative وقت إنشاء الكفالة [3].

**٢٠ - حكم إهمال الدائن في المحافظة على الضمان العام : -**

يلاحظ أن إضعاف الضمان العام للمدين بسبب إهمال الدائن أو خطئه لا يبريء ذمة الكفيل، وذلك لأن النص القانوني صريح في أن المقصود بذلك " إضعاف التأمين الخاص " . ومن أمثلة حالات إضعاف الضمان العام عدم استخدام الدائن للدعوى البوليصية action paulienne أو الدعوى غير المباشرة، أو سكوت الدائن عن مطالبة المدين حتى أعسر [4] أو عدم اتخاذ الدائن الاهتمام الكافي في مطالبة المدين [5] .

---

(١) منصور مصطفى ص ٧٥ ، سمير تناغو . ص ٩٣، توفيق فرج ص ٥٧ ، همام محمود . ص ١٢٣ .
Aubry et Rau N° 429, Guillouard. N339;civ. 3 mai.1861. S1861.1.682.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٤١ ، أحمد سلامة . ص ٦٠ ، همام محمود. ص ١٢٣ .

(٣) Com. 10.Avril 1967. Bull.civ. 111.N° 134.

(٤) سليمان مرقس . ص ١٠٤ ، جمال زكي . ص ١٠١ ، منصور ص ٧٦، سمير تناغو ص ٩٢ ، توفيق فرج ص ٥٧ ، حمدي عبد الرحمن. ص ٨٦ . وفي فرنسا أنظر :
Roland.N° 45; Jestaz.N° 232; Mazeaud.N° 40.

(٥) Com.2.Mars.1970 Bull. civ.1v. N° 77.

وبناء على ذلك حكم القضاء الفرنسي بعدم مسؤولية الدائن على أساس المادة ٢٠٣٧ المتعلقة ببراءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة التأمين في حالة ما إذا باع الدائن عقاراً مشتركاً بينه وبين المدين مما خفض من الضمان العام . وذلك لأن هذا النص لا يحمي الضمان العام وإنما يحمي الضمانات الخاصة [١] .

وكذلك لا يجوز للكفيل التمسك ببراءة ذمته بسبب قيام المدين بإجراء تعديل في عناصر ذمته المالية بعلم الدائن [٢] . أو بسبب قيام الدائن بمنح المدين أجلاً للوفاء [٣] .

على أنه يلاحظ أنه إذا كانت ذمة الكفيل لا تبرأ بسبب إضعاف الضمان العام للمدين بإهمال من الدائن ، فإن ذلك لا يمنع الكفيل من الرجوع على الدائن وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها . فيطالب الدائن بالتعويض عما لحقه من أضرار ، وقد يرى القاضي أن خير تعويض للكفيل هو براءة ذمته بقدر ما عاد عليه من ضرر طبقاً للمادة ١٧١ / ٢ من القانون المدني المصري [٤] .

ولقد وجه البعض [٥] النقد إلى تأسيس مسؤولية الدائن عن إضعاف الضمان العام على قواعد المسؤولية التقصيرية ، وذلك لأن المسؤولية التقصيرية لا مدخل لها

---

(١) Com.3.Mai.1967.Bull.civ.111.N$^{O}$ 178.

(٢) Paris.2. Juin.1965.D.1966.Somm.25.

(٣) Com.5.Nov.1971.Rev.trim. dr.com.1972.P.965.obs Cabrillac et Rives - Langes.

(٤) منصور مصطفى . ص ٧٦، أحمد سلامة . ص ٦٠، توفيق فرج . ص ٥٧، نبيل سعد ص١٥٧وفي فرنسا يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو أن يحكم بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض " .

(٥) محمود جمال الدين زكي . ص ١٠٢ .

على العلاقات العقدية، على الأقل عندما لا يكون فعل المدين خطأ يمكن حصوله على فرض عدم وجود العلاقة العقدية .

ولذلك ذهب جانب من الفقه [1] إلى أن مسؤولية الدائن عن إضعاف الضمان العام تكون طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية . لأنه من الواجب على الدائن تنفيذ عقد الكفالة المبرم بينه وبين الكفيل بحسن نية، ومن مقتضيات حسن النية المحافظة على الضمان العام الذي يكون له في مواجهة المدين . فإذا قصر في ذلك وترتب على تقصيره إعسار المدين، جاز للكفيل أن يطالبه بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية .

ونحن من جانبنا نرجح قيام مسؤولية الدائن هنا على أساس المسؤولية العقدية في القانونين المصري والفرنسي . وذلك لأن العلاقة التي تربطه بالكفيل هي في المقام الأول علاقة عقدية . وبمقتضى هذه العلاقة يلتزم الدائن بتنفيذ عقده بحسن نية، خاصة وأن الكفيل يقدم جميلاً بعقد كفالته، مما يجعلنا نتشدد على الدائن في ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ عقد الكفالة، ومع ذلك فإننا نرى قيام هذه المسؤولية في القانون الإماراتي على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث لا يرتبط الكفيل مع الدائن بعقد، وإنما تنشأ الكفالة بإرادة الكفيل وحده .

---

(١) سمير تناغو . ص ٩٢ .

**٢١ - مسؤولية الدائن عن التأمينات الموجودة قبل الكفالة أو بعدها : -**

ولكن هل يشترط أن يكون التأمين الخاص موجوداً عند الكفالة أم أنه يمتد إلى كل تأمين خاص حتى لو نشأ بعد الكفالة ؟ .

إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف في القانون المصري عنها في القانون الفرنسي .

ففي القانون المصري يوجد نص صريح على أن المقصود بالضمان الخاص " كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة " (١) . وبذلك يكون المشرع المصري قد قضى على الخلاف الذي كان سائداً في القانون القديم (٢) .

أما القانون الفرنسي فنظرة إلى أن المادة ٢٠٣٧ لم تنص على ذلك . وإنما اقتصرت على النص على إعفاء الكفيل من التزامه بسبب إضاعة التأمينات الخاصة دون أن تشير إلى ما إذا كان المقصود بذلك التأمينات الموجودة عند الكفالة فقط أو حتى التأمينات اللاحقة عليها . ولذلك وقع الخلاف بين الفقهاء " .

فيذهب البعض إلى أن من حق الكفيل التمسك ببراءة ذمته بسبب إضاعة الدائن للتأمين الخاص حتى لو نشأ بعد الكفالة . ويستدلون لرأيهم بأمرين : الأول : أن من حق الكفيل الحلول محل الدائن بعد الوفاء في كل الضمانات الخاصة التي كانت تضمن الدين ، بما فيها تلك التي نشأت بعد الكفالة . فإذا كان من حق الكفيل الحلول في التأمينات ، فإنه يجب على الدائن المحافظة عليها جميعاً وإلا تعرض لنفس

(١) المادة ٧٨٤ مدني مصري .

(٢) السنهوري . ص ٢٤٦ والأحكام التي أشار إليها .

الجزاء .

الثاني : أن نص المادة ٢٠٣٧ والمادة ٢٠٢٩ تجعل من حق الكفيل الحلول في كل الحقوق التي كانت للدائن بدون تمييز في هذا الصدد بين ما نشأ منها قبل الكفالة وما ينشأ منها بعد الكفالة . فالتفرقة تكون إذن في هذا الصدد تفرقة تحكمية لا تقوم على أساس (١) .

ولقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان صحيحاً أن القانون لم يميز بين التأمينات الناشئة عند الكفالة وتلك التي نشأت بعدها ، فإن ذلك يرجع إلى أن القانون يعالج الأمر الأكثر وقوعاً، وهو وجود التأمينات في نفس وقت الكفالة أو قبلها . فالمشرع لم يتوقع أبداً أن توجد تأمينات بعد الكفالة، ولذلك فهي لاتدخل في النص . يضاف إلى ذلك أن من حق الدائن ألا يقبل تأمينات جديدة بعد الكفالة، فكيف إذا قبلها ثم ضيعها يسأل عنها في مواجهة الكفيل (٢) .

ولذلك ذهب كثير من الفقهاء وبعض أحكام القضاء إلى أنه لا يستطيع الكفيل التمسك ببراءة ذمته بسبب التأمينات التي أضاعها الدائن، إذا كانت هذه التأمينات قد نشأت بعد الكفالة . وإنما يقتصر دفعه على التأمينات التي كانت موجودة عند الكفالة (٣) .

---

(١) Duranton. N° 382; Troplong. Du cautionnement. N° 570; Caen.18 Mars. 1828.S.11.56.

(٢) Guillouard. N° 239.

(٣) Planiol et Ripert.N N° 1559; Mazeaud. N° 40, Guillouard. N° 239, Marty et Raynaud. N° 562;jestaz N° 340, Roland . N° 45.
Civ 24 fév. 1982. Bull. civ. 1. N° 89.
Civ. 5oct. 1964.Rev trim. dr. civ.1965. 344. obs. Chevallier.

**٢٢ - رأينا الخاص :**

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي القائل بعدم التفرقة بين التأمينات الموجودة عند الكفالة وتلك التي نشأت بعدها، لأن القانون الفرنسي لا يفرق في نصوصه بين هذه وتلك . خاصة وأن هذا التفسير هو الذي يحقق مصلحة الكفيل . ومن المتفق عليه أن تفسير الكفالة يجب أن يكون لصالح الكفيل باعتباره يقدم خدمة أو جميلاً بكفالته للدين . يضاف إلى ذلك أنه من الواضح أن أصحاب الرأي العكسي يؤسسون رأيهم على فكرة السبب بمعني أنهم يرون أن أساس براءة ذمة الكفيل هو أن سبب التزامه بالكفالة هو وجود تأمينات خاصة قبل الكفالة كان يعتمد عليها . ولقد سبق أن انتقدنا فكرة السبب كأساس للدفع بإضاعة التأمينات . ولذلك فإنه يمكن القول أن الكفيل يعتمد على الضمان الخاص ليس وقت الكفالة فحسب ، بل يعتمد عليه أساساً وقت الرجوع على المدين [(١)] .

## الشرط الثاني : إضاعة التأمين بخطأ الدائن

**٢٣ - ضرورة نسبة خطأ إلى الدائن : -**

لا يكفي لبراءة ذمة الكفيل إضاعة تأمين خاص، بل يجب أن تكون إضاعة هذا التأمين بخطأ الدائن . ويبدو هذا الشرط واضحاً في نص المادة ٧٨٤/ ١ من القانون المدني المصري التي نصت على أن " تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات " . وذلك على عكس المادة ٢٠٣٧ من القانون المدني الفرنسي التي نصت

---

(١) سمير تناغو ص ٩٣ .

على هذا الشرط بصورة أقل وضوحاً حيث ذكرت أن يكون ضياع التأمين بفعل الدائن par le fait de ce créancier . ومع ذلك فإن الفقه والقضاء مجمعان على أن المقصود بذلك هو خطأ الدائن la faute [(1)] .

وبناء على ذلك فإنه يجب على الكفيل أن يثبت أن الدائن لم يبذل العناية التي يجب أن يبذلها الرجل المعتاد في المحافظة على التأمينات الخاصة، لأن التزام الدائن في هذا الشأن هو التزام ببذل عناية obligaton de moyens . فلا يعتبر مجرد ضياع التأمين خطأ من الدائن يستوجب مسؤوليه، بل يجب على الكفيل إثبات أن الدائن قد ارتكب خطأ أدى إلى إضاعة التأمين [(2)] . ومن حق محكمة النقض مراقبة مدى وجود الخطأ من عدمه لتعلق الأمر بعنصر جوهري في المسؤولية في جانب الدائن [(3)] .

**٢٤ - خطأ الدائن قد يكون بفعل إيجابي أو سلبي : -**

إن كل ما يشترطه القانون هو نسبة الخطأ إلى الدائن في إضاعة التأمين . ولكن يستوي أن يكون هذا الخطأ متمثلاً في فعل إيجابي كتنازله عن رهن أو عن حق الحبس، أو إبراء كفيل آخر، أو إبراء أحد المدينين المتضامنين . أو متمثلاً في سلوك سلبي كعدم قيد الرهن أو عدم تجديد قيده، أو عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لاسترداد الشيء المحبوس أو المرهون رهنا حيازياً الذي خرج من تحت يده عنوة أو

(١) Mazeaud. N° 40; Jestaz.N° 346, Planiol et Ripert.N° 1560; Rolard.N° 46, Com. 19 fév.1985 Defrenois 1986.952. Note Honorat.
Civ 12 Nov. 1974.J.C.P.1975.11.18182. Note Simler.
Civ 6 oct 1971. D.1973.316. Note Ivainer.

(٢) سليمان مرقس . ص ١٠٦، منصور مصطفى . ص ٧٧، توفيق فرج . ص ٥٧ - ٥٨، حمدي عبد الرحمن . ص ٨٧ .

(٣) Civ. 5 Juin 145.D.1946.4.

دون علمه[1]. ومع ذلك يرى البعض[2] أنه لا يكفي مجرد إهمال الدائن لإعفاء الكفيل، لأنه يجب على الكفيل نفسه أن يسهر على المحافظة على حقوقه. فمثلاً إذا أهمل الدائن في تجديد قيد الرهن فإنه في إمكان الكفيل أن يعذر الدائن بضرورة المبادرة إلى قيد الرهن، أو أن يقوم هو بنفسه بذلك، وإلا فلا يستطيع أن يتمسك بإهمال الدائن الذي شارك هو نفسه فيه. ولكن هذا الرأي لم يكتب له البقاء في الفقه ولا التطبيق في القضاء، حيث إنه من المستقر عليه أن الدائن يجب عليه الامتناع ليس فقط عن القيام بالأعمال الإيجابية التي يترتب عليها إضاعة التأمين، بل كذلك الأعمال السلبية أو مجرد الإهمال. لأن الرجل المعتاد كان سيقوم بالأعمال اللازمة للمحافظة على حقوقه كقيد الرهن أو تجديد قيده إذا لم يوجد الكفيل، فكذلك يجب عليه القيام بذلك في حالة وجود الكفيل لأن هذا ما يتفق مع العدالة وحسن النية[3].

ويلاحظ أنه يستوي أن يكون خطأ الدائن - على النحو السابق - منسوباً إليه شخصياً أو إلى أحد مما يسأل عنهم كوكيله أو أحد تابعيه[4]، أما إذا كان الخطأ راجعاً إلى الكفيل نفسه أو إلى الغير أو إلى المدين أو القوة القاهرة، فإن الكفيل لا يعفى من

(١) منصور مصطفى. ص ٧٧، سليمان مرقس. ص ١٠٦، جمال زكي. ص ١٠٣، السنهوري. ص ٢٤٤، عبد الخالق حسن ٢٧٤، سمير تناغو ص ٩٣. وفي فرنسا :
Roland. N° 46; Jestas.N° 346.
Planiol et Ripert N° 1560; Marty et Raynaud. N° 562.

(٢) Pothier. traité. des obligations. N° 557, Agen. 9juin 1842. S.42.11 543, Toulouse 19 Mars 1842. S44.1.71.

(٣) Marty et Raynaud. N° 562; Guillouard. N° 234; Com. 31 janv. 1967.Bull. civ .111.N° 54; Paris 5 oct. 1966.D.1967.115; Trib. om. Seine.19juin 1962.D.769. Note R.Savatier. Civ. 5 juin 1945. D.1946.4.

(٤) توفيق فرج ص ٥٨، أحمد سلامة. ص ٦٠، منصور مصطفى ص ٧٦، نبيل سعد ص ١٥٩.

التزامه في هذه الحالة [١] .

### ٢٥ - حكم اشتراك الدائن والكفيل في الخطأ : -

ولكن ما الحكم إذا كانت إضاعة التأمينات بخطأ يعزى إلى الدائن والكفيل معاً؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين : -

فيذهب البعض إلى أن ذمة الكفيل لا تبرأ في هذه الحالة ولو جزئياً، بل يظل ملتزماً بالوفاء بالإلتزام المكفول كله. لأنه لا يجوز للكفيل أن ينعى على الدائن نتيجة قد ساهم هو نفسه في تحقيقها، يضاف إلى ذلك أن قاعدة براءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة التأمينات بخطأ الدائن هي قاعدة خاصة لا يجوز تطبيقها إذا كان الكفيل قد ساهم بخطئه في إضاعة التأمين [٢] .

بينما يذهب كثير من الفقهاء إلى أنه يجب توزيع المسؤولية بين الكفيل والدائن على أساس قواعد الخطأ المشترك. فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اقترف الدائن من خطأ [٣] .

---

(١) السنهوري ص ٢٤٥ . ص ٢٤٥ جمال زكي . ص ١٠٤ ، سمير تناغو . ص ٩٣ ، همام محمود . ص ١٢٤ .
Jestaz. N° 357; Planiol et Ripert . N° 160; Guillouard.N237;
Com. 3 Mai 1960. Bull. civ. 111. N° 160 ;
Civ. 19. Mars 1892.D.1892.1.89.

(٢) السنهوري . ص٢٤٥ ، جمال زكي . ص١٠٤ ، سمير تناغو ص ٩٤ . جستاز رقم ٣٥٨ .
Req. 12.Mai.1835.S.1835.1.338.
Civ.19 Janv. 1892. D.1892.1.89.
Civ.8 juill.1913.D.p.1914.1.241.

(٣) سليمان مرقس . ص١٠٨ ، منصور مصطفى . ص٧٧ ، توفيق فرج ص ٥٨ ، أحمد سلامة . ص ٦١ ، حمدي عبد الرحمن . ص ٨٩ ، عبد الخالق حسن ص ٢٧٥ ، همام محمود . ص ١٢٤ .
Civ.18.Mars 1901.D.1903.1.345.
Civ.23.déc. 1845.S.46.107.

ونحن من جانبنا نؤيد أصحاب الرأي الثاني في القول ببراءة ذمة الكفيل في حدود الخطأ الذي اقترفه الدائن ، وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن هذا الرأي يتفق مع نص المادة ٧٨٤ مدني مصري التي نصت على براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

٢ - أن هذا الرأي يتفق مع القواعد العامة في توزيع المسؤولية في حالة الخطأ المشترك .

٣ - أن عدم براءة الكفيل جزئياً في حالة الخطأ المشترك يتنافى وقواعد العدالة .

٤ - أن تفسير قواعد الكفالة يجب أن تكون بما يحقق مصلحة الكفيل والتخفيف عن كاهله . وأنه مما يتناقض مع ذلك عدم إعمال المادة ٧٨٤ التي تقرر براءة ذمة الكفيل بسبب إضاعة الدائن بخطئه لتأمين خاص .

## ٢٦ - تطبيقات قضائية لخطأ الدائن في إضاعة التأمين :

يحفل القضاء الفرنسي بتطبيقات كثيرة لما يعتبر خطأ من جانب الدائن يستوجب براءة ذمة الكفيل من التزامه . ومن ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً يكون قد ارتكب خطأ عندما يتنازل عن حقه في الرهن الرسمي بمحو قيده [١] . أو عندما يتنازل عن حيازة الشيء المرهون رهناً حيازياً [٢] .

---

(١) Com 24.Avril. 1972.Bull.civ. 1V. N° 116.P.117.

(٢) Rouen.3 Mai 1961.gaz. pal.1961.2.166.
Civ.3 déc.1941.D.1942.42.

وكذلك يكون الدائن مخطئاً بتنازله عن مرتبته المتقدمة في الرهن الرسمي لدائن آخر، حيث يكون في الواقع قد تنازل عن كل فرصة تكون له في الوفاء [١] . أو عندما يتنازل عن الحجز الذي أوقعه على منقولات المدين [٢]، وذلك ما لم يكن إنهاء الحجز على المنقول بقصد الحصول على ثمن أفضل عن طريق البيع الودي للمنقول [٣] .

ويكون الخطأ منسوباً إلى الدائن كذلك إذا أعفى أحد الكفيلين [٤] أو أحد المدينين المتضامنين [٥] . أو عندما يحيل حقه المكفول ويتفق مع المحال له على عدم الحلول في الرهن الرسمي المتعلق بهذا الحق، إذ أنه يترتب على عدم حلول المحال له في الرهن الرسمي استحالة حلول الكفيل في هذا الرهن [٦] .

وكذلك يكون الدائن مخطئاً إذا سهى عن تجديد قيد الرهن الرسمي [٧] . أو إذا حافظ على سند الرهن الرسمي وجدد قيده في الميعاد، ولكنه ترك المدين يضعف وعاء الرهن. وهذا ما قررت محكمة النقض الفرنسية [٨] في قضية تتعلق بأرض مرهونة رهناً رسمياً وكانت هذه الأرض مشجرة بأشجار كبيرة وكان الدائن يحافظ على قيد

(١) Req.3 Janv. 1888.D.P.88.P.88.1.36.

(٢) Civ.27.Nov. 1973.JC.P 1974.1V.12.

(٣) Civ. 9. fév. 1977.gaz. Ral.1977.1.Somm.149.

(٤) Civ.13. juin. 1939.D.H.1939.417.

(٥) Com.19.Mars.1962.D.1962.505.

(٦) Req.16.Mars.1852. D.P. 52.1.102.

(٧) Civ. 23.Mai.1833.S.33.1.574.

(٨) Com.31.janv. 1967.Bull. civ.111.No 54.

الرهن في ميعاده ، ولكنه أهمل في ترك المدين يقطع كل الأشجار الموجودة على الأرض والتي كانت تساوي تقريباً ضعف قيمة الأرض .

ولا يمكن القول في هذه الحالة بعدم خطأ الدائن بحجة أنه لم يكن في استطاعته الاعتراض على فعل المدين لأنه كان يمارس سلطاته على ملكيته في قطع الأشجار [1] .

ففي الحقيقة أن هذا القول غير صحيح ، لأن الدائن كان يجب عليه السهر والمحافظة ليس فقط على سند الرهن ، بل كذلك على وعاء الرهن وإلا أضحى هذا السند بدون أية فائدة . يضاف إلى ذلك أنه كان من حق الدائن أن يطالب المدين بالحصول على الوفاء فوراً أو بتكملة التأمين طبقاً للمادة ٢٧٣/ ٢ مدني مصري [2] . ولاشك أن من حق الدائن في مثل هذه الحالة أن يتخذ إجراءات تحفظية في مواجهة المدين لمنعه من إضعاف وعاء الرهن [3] .

وفي المقابل فقد حكم القضاء الفرنسي بعدم خطأ الدائن إذا لم يبلغ الكفيل باضطراب يسار المدين حيث إنه لا يوجد التزام بالاعلام obligation de renseignmement على عاتق الدائن [4] ، ولاشك في سلامة هذا القضاء - في رأينا

---

(١) Pont. des petits contrats.11.N° 382.

(٢) تنص المادة ٢٧٣/ ٢ على أنه : " يسقط حق المدين في الأجل . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين " .

(٣) Laurent. .N° 315; Guillouard..N° 236.

(٤) Com.24. juin.1969.J.C.P.1970.11. 16221.obs.Prieur.
Paris.21.janv 1966.Rev. Banque.1966.P.502.

- لأن الدفع بإضاعة التأمينات يتعلق بالتأمينات الخاصة، ومسألة إضطراب يسار المدين إنما هو أمر يتعلق --بطبيعة الحال - بالضمان العام [1].

كما لا يعتبر الدائن مخطئاً في صلحه مع المدين صلحاً يقيه من الافلاس، لأن هذا الصلح وسيلة للدائن لحماية مصالحة [2]. وكذلك لا يكون مخطئاً في منحه للمدين أجلاً للوفاء إلا إذا ترتب على ذلك فقده ضماناً خاصاً . كأن يقوم بتسليم الشيء المحبوس قبل استيفائه حقه [3].

## الشرط الثالث : أن يكون التأمين ذا قيمة

### ٢٧ - عدم النص على هذا الشرط صراحة في القانون : -

إذا كان الفقه والقضاء يشترطان - إجماعاً - أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن بخطئه ذا قيمة. فإنه يلاحظ من ناحية أن هذا الشرط لم ينص عليه المشرع صراحة وإنما استنتجه الفقه من أن المشرع قرر براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات [4]. مما يستفاد منه أن براءة ذمة الكفيل تكون في حدود قيمة التأمين الذي أضاعه الدائن أي في حدود الضرر الذي لحق الكفيل. وذلك لأن مبنى

---

(١) وقارن مع ذلك حكماً آخر قضى بأنه يجب على الدائن إبلاغ الكفيل باضطراب أعمال المدين وباحتمال إعساره وإلا كان مخطئاً : .Req.2.déc.1895.D.P.96.1.255 ولاشك في عدم سلامة هذا الحكم كما أشرنا سلفاً في متن الصفحة.

(٢) Req. 6fév. 1906.D.P.1908.1.225.

(٣) Aix.8.juin.1956.gaz.pal.1966.1.24.
Caen.19.Avril.1965.J.C.P.1967.1V.149.

(٤) أحمد سلامة . ص ٦١، سمير تناغو ص ٩٥ .

الدفع هو مصلحة الكفيل في أن يحافظ له الدائن على التأمينات الخاصة حتى يستطيع الحلول فيها عند رجوعه على المدين بما أوفاه للدائن . فإذا كان التأمين الذي أضاعه الدائن ليست له قيمة في الحقيقة ، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع لعدم وجود الضرر [1] .

كما يلاحظ من ناحية أخرى أن الشراح يعبرون عن هذا الشرط في الغالب بضرورة أن يلحق الكفيل ضرر بسبب إضاعة التأمين ، ثم يحددون معنى الضرر بأن يكون التأمين له قيمة [2] .

ومع ذلك فإننا نفضل - مع البعض [3] أن نعبر عن هذا الشرط بأن يكون التأمين ذا قيمة ، بدلاً من القول باشتراط حصول ضرر ثم تحديد معنى الضرر بأن يكون التأمين ذا قيمة .

### ٢٨ - عدم جواز التمسك بالدفع إذا كان التأمين عديم القيمة : -

لا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بإضاعة التأمين ، إذا كان هذا التأمين عديم القيمة ، بحيث لم يلحق الكفيل ضرر من ذلك . وذلك كأن يتسبب الدائن بخطئه في زوال الرهن الرسمي المقرر له ، وذلك إذا اتضح أن هذا الرهن كان غير مفيد لتأخر

---

(١) حمدي عبد الرحمن . ص ٨٩ .

(٢) السنهوري . ص ٢٤٧ ، سليمان مرقس . ص ١٠٨ ، توفيق فرج . ص ٥٨ ، سمير تناغو . ص ٩٤ ، حمدي عبدالرحمن . ص ٨٩ .
Roland .N° 47; Planiol et Ripert..N° 1561; Guillouard..N° 240; jestaz .N° 359. Marty et Raynaud. .N° 562;Mazeaud .N° 40.

(٣) CIV. 9 NOV..1914.D.1917.1.171.

مرتبته [١] . كما ينتفي الضرر للكفيل إذا كان الدائن قد أعفى كفيلاً ثانياً ولكن بعد أن حل محله كفيل آخر موسر [٢] . أو عندما يبيع الدائن الشيء المرهون بيعاً ودياً بقصد الوصول إلى أفضل سعر [٣] .

وتجدر الإشارة إلى أن براءة ذمة الكفيل تكون في حدود قيمة ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين [٤] . فإذا أعفى الدائن مثلاً أحد الكفيلين ، فإن ذمة الكفيل لا تعفي في هذه الحالة إلا في حدود النصف [٥] .

وتقدر قيمة التأمين في اليوم الذي كان يتم فيه حلول الكفيل محل الدائن في ضمانات الدين [٦] .

ويلاحظ أنه لا يشترط لبراءة ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة تأمين خاص بخطأ الدائن أن يترتب على ذلك إعسار المدين أو زيادة إعساره، أو أن تكون هناك تأمينات أخرى تكفي للوفاء بالدين . وذلك لأن إضاعة التأمين يكون من شأنه على أية حال أن

(١) Civ.16.juill.1863.D.p.63.1.86.

(٢) Chambéry.15.Juill.1901.D.P.1903.2.341.

(٣) Paris.31.Oct 1950.D.1951.Somm. 10.

(٤) Civ.3.déc.1941.D.1942.2.49.
Civ.13.juin 1939.D.H.1939..417.
Civ.9.Nov.1914.D.1917.1.171.

(٥) سليمان مرقس . ص ١١١ . السنهوري . ص ٢٤٨ .
Civ.13.Juin.1039.gas.Pal.1939.2.290.

(٦) حمدي عبد الرحمن . ص ٩٠ . ومع ذلك فإننا نرى أن العبرة في تقدير قيمة التأمين تكون في اليوم الذي أضاع فيه الدائن هذا التأمين . إذ يجوز للكفيل أن يطلب إعفاءه من التزامه عن طريق دعوى مبتدأة . وقبل حلول ميعاد الوفاء بالدين .

يقلل من فرصة حصول الكفيل على حقه عند رجوعه على المدين بما أوفاه [1] .

وبناء على ذلك لا يجوز للدائن أن يتمسك في مواجهة الكفيل بيسار المدين أو وجود تأمينات أخرى، لأنه لو صح ذلك فيكون قوله مردود عليه بأنه ليس له مصلحة في التمسك ببقاء الكفالة [2] . ومن ثم فإن الدفع بإضاعة التأمين يختلف إختلافاً واضحاً عن الدفع بتأخر الدائن في مطالبة المدين . لأنه يشترط للتمسك بهذا الدفع الأخير أن يكون من شأنه تأخر الدائن في مطالبة المدين قد ترتب عليه إعسار المدين insolvabilité أو زيادة إعساره . وهذا يعني أن معنى الضرر يختلف في الدفع بإضاعة التأمين عنه في الدفع بتأخر الدائن في المطالبة [3] .

ويجب أن يتشدد القضاء في القول بأن التأمين الذي أضاعه الدائن كان عديم القيمة . فلا يكفي إذن أن يثبت الدائن مثلاً أن الكفيل الآخر الذي أبرأه كان معسراً، بل يجب عليه إقناع القاضي أن ظروف هذا الكفيل سوف لا تتحسن في الوقت القريب [4] أو أنه سينهض من عثرته . إذ من الجائز في الوقت القريب أن يجعل الله من بعد عسر يسراً .

---

(١) منصور مصطفى . ص ٧٨ . سليمان مرقس . ص ١٠٩ ، توفيق فرج . ص ٥٩ ، نبيل إبراهيم . ص ١٦١ .

(٢) سليمان مرقس . ص ١٠٩ ، منصور مصطفى . ص ٧٨ ، سمير تناغو ص ٩٥ ، توفيق فرج . ص ٥٩ .

(٣) سليمان مرقس . الموضع السابق . همام محمود . ص ١٢٥ .

(٤) أحمد سلامة . ص ٦١ .

**٢٩ - عبء الإثبات : -**

يكون عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة على عاتق الكفيل، حيث إنه هو المدعي في هذا الصدد ولذلك فإنه يجب عل الكفيل أن يثبت وجود تأمين خاص لدى الدائن، وأن الدائن قد أضاع هذا التأمين بخطئه، أو بخطأ أحد ممن يسأل عنهم قانوناً. ومتى أثبت الكفيل ذلك قامت قرينة لصالحه على أن هذا التأمين كان ذا قيمة . أي أنه أصيب بضرر من جراء إضاعة التأمين . فشرط الضرر مفترض كنتيجة لإضاعة التأمين بخطأ الدائن ، وذلك أخذاً بالفرض الغالب وهو أن التأمين الذي أضيع تكون له قيمة . ومع ذلك فإن الدائن يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات العكس، أي بإثبات أن التأمين الذي أضاعه كان عديم القيمة أو أنه قد استبدله بغيره مساو له في القيمة [١] .

ولكن ما الحكم لو ثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد حدثت بعد قيام الكفيل بالوفاء ؟

مما لا شك فيه أن المادة ٧٨٤ مدني مصري والمادة ٢٠٣٧ مدني فرنسي يتناولان سبباً لإعفاء الكفيل من التزامه ببراءة ذمته . وهذا يعني أن تكون إضاعة التأمين قبل الوفاء . ومن ثم فإذا أضاع الدائن التأمين بعد أن تم الوفاء له من الكفيل ، فلا يكون

(١) سليمان مرقس. ص ١١٠ ، منصور مصطفى ص ٧٩، نبيل إبراهيم . ص ١٦١ ، أحمد سلامة. ص ٦١ .

Guillourd. N° 214; Roland. N° 47.

Com.3.Nov.1975.Bull.civ.1V.N° 247.

وأنظر عكس ذلك . حمدي عبد الرحمن ص ٨٩ وفي فرنسا :

Labbé. Note. Sirey.1887.1.5.

للأخير إلا الرجوع على الدائن طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية [١] .

**٣٠ - ضرورة تمسك الكفيل ببراءة ذمته : -**

مما لا شك فهي أن الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات خاصة يعتبر من الدفوع التي تحمي مصلحة خاصة للكفيل ولا يتعلق بالنظام العام Ordre Public .

وبناء على ذلك فإن براءة ذمة الكفيل في هذا الصدد لا يتم بقوة القانون de plein droit ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه . وإنما لابد أن يتمسك به الكفيل ، سواء في صورة دعوى مبتدأة يطلب فيها من القاضي الحكم ببراءة ذمته في مواجهة الدائن ، أو في صورة دفع يبديه عند مطالبة الدائن له بالوفاء . ويعتبر هذا الدفع من الدفوع الموضوعية التي يمكن للكفيل أن يتمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [٢] . ولكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لعدم تعلق الأمر بالنظام العام [٣] .

---

(١) منصور مصطفى ص ٧٨ . هامش رقم ١ .

Req.4.Nov.1896.D.P.97.1.569.

(٢) السنهوري . ص ٢٤٨ ، سليمان مرقس . ص ١١٠ ، منصور مصطفى ص ٧٨ - ٧٩ ، توفيق فرج . ص ٥٩ . سمير تناغو ص ٩٦ ، حمدي عبدالرحمن . ص ٩١ . وفي فرنسا :

Roland . N$^{O}$ .43, jestaz.N$^{O}$ 323, Planiol et Ripert.N$^{O}$ 1562.

Civ. 24.oct.1888.D.P.89.1.52

(٣) Com. 12 oct.1956.Bull. civ.111.N$^{O}$ 488.

ومتى تمسك الكفيل بالدفع وأثبت للقاضي توافر شروطه فإنه يتعين على القاضي الحكم ببراءة ذمة الكفيل، فهو لا يملك سلطة تقديرية إزاء طلب الكفيل [1] .

وبناء على ذلك فأنه يجوز للكفيل أن يتنازل عن الدفع ببراءة ذمته بسبب إضاعة الدائن لتأمين خاص . ويستوي أن يكون هذا التنازل مقدماً وقت انعقاد الكفالة أو بعدها، أو أن يحدث قبل إضاعة التأمين أو بعده . كما يستوي أن يكون صريحاً أو ضمنياً [2] ، ويلاحظ أن تنازل الكفيل عن الدفع بإضاعة التأمينات يعتبر من قبيل الاتفاقات على إعفاء المدين من المسؤولية . ومن ثم فلا يعفى الدائن رغم وجود هذا التنازل في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم الذي يؤدي إلى هلاك التأمين، وإنما يقتصر أثر هذا التنازل على حالة الخطأ اليسير [3] .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان يجوز التنازل عن الدفع بإضاعة التأمين على النحو السابق، فإن اعتبارات حماية الكفيل في مواجهة مؤسسات الإئتمان (البنوك) والتي تشترط دائماً تنازل الكفيل عن حقه في إثارة هذا الدفع ، فإن المشرع الفرنسي نص في

---

(١) محمود جمال الدين زكي . ص ١٠٦ .

(٢) السنهوري . ص ٢٤٩، أحمد سلامة . ص ٦٢، منصور مصطفى . ص ٧٩، سليمان مرقس . ص ١١٠، سمير تناغو . ص ٩٦، توفيق فرج . ص ٥٩، حمدي عبدالرحمن . ص ٩٠، همام . ص ١٢٥ . وفي فرنسا :
Planiol et Ripert. N° 1560; Roland.N° 43; jestaz.N° 323.
Paris. 6. Oct. 1966. J.C.P.1967.11.15301. obs.P.Lescot.

(٣) سليمان مرقس . ص ١١١، حمدي عبد الرحمن . ص ٩٠ . وفي فرنسا أنظر :
Jestaz .N° 323; Roland.N° 43.
تنص المادة ٢١٧/ ٢ من القانون المدني المصري على أنه : " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

قانون الأول من مارس ١٩٨٤ على بطلان هذا التنازل . لما لوحظ أن هذا الشرط صار من الشروط المألوفة Clause de style في عقود الكفالة عندما يكون الدائن مؤسسة مالية [١] .

## ٣٠ مكرر: التزام الدائن بالتخلي عن الضمانات الخاصة للكفيل في القانون الإماراتي:

تنص المادة ١٠٩١/ ٢ معاملات مدنية على أنه " فإذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني آخر فإنه يجب على الدائن التخلي عنه للكفيل إن كان منقولاً أو نقل حقوقه له إن كان عقاراً على أن يتحمل الكفيل نفقات هذا النقل ويرجع بها على المدين " .

ويتضح من هذا النص أن القانون يلزم الدائن بأن ينقل للكفيل الضمانات الأخرى التي تضمن الدين المكفول، كما لو كان هناك رهناً تأمينياً يقوم إلى جانب الكفالة مثلاً. أو التخلي عن المنقول للكفيل، كما لو، كان هذا المنقول مرهوناً رهناً حيازياً، أو يمارس عليه الدائن حق الحبس . فإذا لم يقم الدائن بهذا الالتزام كان من حق الكفيل الامتناع عن سداد الدين استناداً إلى الدفع بعدم التنفيذ[٢] . حيث يوجد إرتباط بين التزام الدائن بالتنازل عن الضمانات للكفيل، والتزام الكفيل بسداد الدين .

(١) Paris.5.juill.1972.Rev.Banque.1972.P.1043.Obs.M.Martin.

(٢) المادة ٤١٤ معاملات مدنية .

## المبحث الثالث
## دفوع الكفيل المتضامن المتعلقة بتقصير الدائن فى المطالبة

**٣١ - تمهيد وتقسيم : -**

من المقرر أن الكفيل - حتى لو كان متضامناً مع المدين - لا مصلحة له في الدين، ومن ثم فإنه إذ يلتزم بالكفالة إنما يكون بقصد رجوعه بعد ذلك على المدين بما يكون قد أوفى به للدائن . ولذلك فإنه يجب على الدائن المبادرة بمطالبة المدين أو الكفيل إذا كان متضامناً عند حلول أجل الدين، وألا يتأخر في اتخاذ إجراءات التنفيذ، لأن للكفيل مصلحة في أن يرجع على المدين سريعاً بما يكون قد أوفى به، أو له مصلحة في براءة ذمته من الضمان إذا اختار الدائن الرجوع على المدين .

وبناء على ذلك إذا تأخر الدائن في مطالبة المدين على نحو أضر بالكفيل، فإنه يكون للكفيل الدفع ببراءة ذمته لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها .

كما أن المدين قد يفلس أو يعسر قبل حلول أجل الدين . فيسقط الأجل ويمتنع على الدائنين اتخاذ الإجراءات الفردية ضد المدين المفلس، ولكن القانون أوجب على الدائن التقدم في التفليسة في هذه الحالة، لكي يشترك مع باقي الدائنين في قسمة الغرماء في أموال المفلس . فإذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين لكي يحصل على نصيبه منها، فإنه يكون قد أضر بالكفيل . وهنا تبرأ ذمة الكفيل في حدود المقدار الذي كان من الممكن أن يأخذه الدائن .

فيوجد إذن دفعان للكفيل ينشآن من تقصير الدائن في مطالبة المدين .

الأول : الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين .

الثاني : الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين .

ومن المتفق عليه أن هذين الدفعين مقرران للكفيل المتضامن شأنه شأن الكفيل العادي [1] . كما أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي أعطى للكفيل الحق في هذين الدفعين . ومن المعلوم أن الكفالة في القانون الإماراتي دائما تضامنية . وسوف نبين هذين الدفعين على التوالي :

## المطلب الأول
## الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ

**٣٢ - تمهيد : -**

مما لا شك فيه أن الدائن هو صاحب الحق في المطالبة بدينه في الوقت الذي يختاره . أي منذ حلول الأجل وحتى قبيل سقوطه بالتقادم الذي يكون عادة خمس عشرة سنة . غير أن المشرع رأي أنه في حالة وجود كفالة ، فإنه يكون على الدائن أن يتصرف بما فيه مصلحة الكفيل التي تتمثل في سرعة مطالبة الدائن للمدين ، حتى تبرأ ذمة الكفيل من الضمان ، أو مطالبة الدائن للكفيل نفسه حتى يتمكن من الرجوع على المدين في الوقت المناسب . أي قبل إعساره أو إفلاسه مما يترتب عليه ضياع

(١) محمد كامل مرسي ص ٣٧ ، السنهوري . ص ١٥٢ ، سليمان مرقس ص ١٤٤ ، جمال زكي . ص ٨٠ . سمير تناغو . ص ٨٨ ، ٩٨ ، ٩٩ ، محي الدين اسماعيل علم الدين . ص ٣٠٧ .

حقوق الكفيل [1] .

وقد كان القانون المدني المصري القديم يعالج هذه الحالة بالنص على أنه " للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول أجل الدين ولو أجل رب الدين المدين أجلاً جديداً ولم يبريء الكفيل من الكفالة " [2] .

ولاشك أن هذا النص كان يوفر للكفيل حماية كاملة في حالة إمهال الدائن للمدين، أو تقصيره في مطالبته . غير أنه رئي عند وضع التقنين الجديد عدم جواز رجوع الكفيل على المدين إلا بعد الوفاء الفعلي بالدين . ولذلك لم يرد هذا النص في القانون الجديد، ولكنه استحدث نصاً آخر لحماية الكفيل هو نص المادة ٧٨٥ التي تنص على أنه " ١ - لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها . ٢ - على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً " [3] .

---

(١) حمدي عبد الرحمن . ص ٨٠، سمير تناغو . ص ٩٦ .

(٢) الماد ٥٠٣ مدني قديم . ويلاحظ أن دعوى الكفيل في هذه الحالة لم يكن موضوعها المطالبة بالدين . لأن هذه المطالبة لا تثبت للكفيل إلا بعد الوفاء بالدين، وإنما كان موضوعها مجرد تأمين الكفيل ضد إعسار المدين مستقبلاً، إما عن طريق تقديم تأمين عيني أو كفيل آخر، أو حمل الدائن بأي وسيلة على إبراء الكفيل . انظر في ذلك سليمان مرقس . ص ٧٧ .

(٣) وهذا النص لا مقابل له في التقنين المدني الفرنسي . وإنما استمده المشرع المصري من المادة ٥٠٢ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسي الايطالي والمادة ٦٣٧ من تقنين الالتزامات البولوني انظر في ذلك . السنهوري . ص ٢٥٣ وهامش رقم ٢ من ذات الصفحة .

ويتضح من هذا النص أن الأصل عدم براءة ذمة الكفيل لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات .

واستثناء فإن الكفيل تبرأ ذمته إذا أنذر الكفيل الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ومضى على ذلك ستة أشهر . بل إن المشرع الإماراتي لم يستلزم إنذار الكفيل الدائن ، ومن ثم تحسب مدة الستة أشهر من يوم حلول أجل الدين . غير أن براءة ذمة الكفيل لا تتم في هذه الحالة بقوة القانون ، لأن الأمر لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما يجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع . وسوف نوضح هذه النقاط على التوالي :

**٣٣ - الأصل عدم براءة ذمة الكفيل لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات:**

تنص المادة ٧٨٥/ ١ مدني مصري على أنه " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها : " .

فيتضح من هذا النص أنه إذا حل أجل الدين المكفول ولم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين أو ضد الكفيل المتضامن . فإن هذا لا يترتب عليه براءة ذمة الكفيل بل يظل ملتزماً بكفالته [1] .

ولكن ما الحكم إذا ترتب على عدم اتخاذ الدائن للإجراءات ضرر للكفيل ؟

والجواب أن إجماع الفقهاء منعقد على أنه إذا ترتب على تأخر الدائن في اتخاذ

---

(١) ومع ذلك فإن البعض يرى أن النص يشير ضمناً إلى براءة ذمة الكفيل إذا كان تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات يعتبر خطأ ترتب عليه ضرر للكفيل . أنظر في ذلك . سليمان مرقس . ص ٧٨ .

الإجراءات أو عدم اتخاذها من المدين أضرار للكفيل فإن الدائن يكون مسئولاً طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية . بشرط أن يثبت الكفيل أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات تأخراً لا يقع من الرجل المعتاد، وأن يثبت مدى الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، وعندئذ تبرأ ذمته بقدر ما أصابه من ضرر [1] .

ولقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يتضمن هذا الحكم حيث كان ينص على أنه " لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها، إلا إذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل وبقدر هذا الضرر " [2] فقرر أعضاء اللجنة حذف هذه العبارة الأخيرة " إلا إذا ترتب على خطئه ضرر وبقدر هذا الضرر " لأن في القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ما يغني عنها .

وعلقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على هذا النص بقولها " إن الفقرة الأولى من النص اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصري، وهي تقرر في جزئها الأول حكماً مجمعاً عليه وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات . . . . ومع ذلك فقد تصدر من الدائن أعمال إيجابية أو سلبية تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه . فكل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسئولية مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل " [3] .

---

(١) السنهوري . ص ٢٥١ . سليمان مرقس ص ٧٨ . حمدي عبدالرحمن ص ٨١ . جمال زكي . ص ١٨ ، توفيق فرج ص ٥٤ . أحمد سلامة . ص ٦٣ . همام محمود . ص ١١٩ .

(٢) وهذا النص كان يحمل في المشروع رقم ١١٥٦ قبل أن يصبح في القانون الجديد رقم ٧٨٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ . ص ٤٧٩ ما بعدها .

وبناء على ذلك فإن حذف العبارة الأخيرة من المادة ٧٨٥/ ١ ليس لعدم الموافقة على حكمها، بل على العكس لأن حكمها يستفاد بسهولة من القواعد العامة. ولذا فإن المادة ٧٨٥/ ١ تجعل الدائن مسئولاً في مواجهة الكفيل إذا تأخر في اتخاذ الإجراءات ضد المدين تأخراً لا يقع من الرجل المعتاد، وترتب على هذا التأخير ضرر للكفيل. كأن يصير معسراً بعد أن كان موسراً بحيث يتعذر على الكفيل الرجوع على المدين بكل ما وفاه للدائن [1]. ويقع عبء الإثبات على عاتق الكفيل طبقاً للقواعد العامة [2].

فإذا لم يتوافر هذا الإثبات فإنه لا يترتب على تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو عدم اتخاها براءة ذمة الكفيل، بل يظل ملتزماً بكامل التزامه بصريح نص المادة ٧٨٥/ ١.

**٣٤ - براءة ذمة الكفيل بعد ستة أشهر من إنذاره للدائن : -**

أوجد القانون للكفيل وسيلة فعالة لحمايته من تقصير الدائن أو إهماله في اتخاذ الإجراءات. فنص في المادة ٧٨٥/ ٢ على أنه " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ".

فوفقاً لهذا النص يجوز للكفيل ألا ينتظر حتى يلحقه ضرر من جراء تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ثم يطالب بالتعويض عنه، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية

(١) سليمان مرقس . ص ٧٩.

(٢) توفيق فرج ص ٥٤.

المدنية . بل يجوز للكفيل أن يسارع ويتخذ خطوة المبادأة بتوجيه إنذار إلى ا لدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات، فيضعه موضوع المقصر في تنفيذ التزامه [1] فتبرأ ذمة الكفيل إذا استمر هذا التقصير ستة أشهر، هذا ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . ولقد نصت على هذا الحكم المادة ١٠٩٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها " إذا استحق الدين فعلى الدائن المطالبة به خلال ستة أشهر من تاريخ الاستحقاق وإلا اعتبر الكفيل خارجاً من الكفالة " .

ولكن متى يجوز للكفيل إنذار الدائن ؟ ثم ما الذي يترتب على هذا الإنذار ؟ هذا ما نجيب عليه حالاً .

**٣٥ - توجيه الإنذار من تاريخ استحقاق الدين : -**

بالرغم من أن المادة ٧٨٥/ ٢ لم تبين التاريخ الذي يجوز فيه للكفيل توجيه الإنذار إلى الدائن، إلا أنه لما كان الهدف من هذا الإنذار هو تنبيه الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين وإلا كان مقصراً، فإنه من البديهي أن لا يتم هذا الإنذار إلا من تاريخ حلول أجل الدين وليس قبل ذلك .

لأنه طبقاً للقواعد العامة لا يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ قبل حلول أجل الدين، ومن ثم فلا عبرة بالإنذار الذي يوجهه الكفيل إلى الدائن قبل ذلك [2] .

ولكن ما الحكم لو كان المدين قد حصل على مدّ لأجل الوفاء ؟

---

(١) حمدي عبد الرحمن ص ٨٢ .

(٢) السنهوري . ص ٢٥٣، منصور مصطفى . ص ٨٠، أحمد سلامة . ص ٦٢، سمير تناغو . ص ٩٧، نبيل إبراهيم . ص ١٦٣ .

والجواب أنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين ما إذا كان تأجيل ميعاد الوفاء باتفاق بين الدائن والمدين، وبين ما إذا كان هذا التأجيل بحكم من القاضي بما له من سلطة تقديرية في إمهال المدين المعسر :

فإذا كان التأجيل بالاتفاق بين الدائن والمدين فإنه يجوز للكفيل توجيه إنذاره إلى الدائن ويتجاهل هذا المد لأجل الإلتزام، لأنه لايجوز أن يضار الكفيل بفعل الدائن[1].

كما أنه لو كانت إطالة الأجل من جانب الدائن نافذة في حق الكفيل لترتب على ذلك الإضرار به إلى ما لا نهاية، إذ كلما اقترب الأجل الأصلي للالتزام يمنح الدائن للمدين أجلاً وهكذا فيظل الكفيل ملتزماً لأجل غير مسمى " ما لم يسقط بالتقادم "، وبالتالي تفوت الحكمة التي ابتغاها المشرع من نص المادة ٧٨٥/ ٢ وهي عدم إطالة أمد التزام الكفيل[2]. ومع ذلك فإنه يحتج بهذا الأجل على الكفيل إذا كان قد وافق عليه وارتضاه[3].

أما إذا كان تأجيل التزام المدين يرجع إلى منحه نظرة الميسرة من القاضي، فإنه لا يجوز للكفيل توجيه الإنذار خلال هذه المدة. لأن من شأن نظرة الميسرة الممنوحة من القاضي أن توقف إجراءات التنفيذ. وبالتالي يكون إنذار الكفيل للدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات هو من قبيل التكليف بمحال.

(١) سمير تناغو. ص ٩٨، همام محمود. في الموضع السابق.

(٢) نبيل إبراهيم ص ١٦٣.

(٣) السنهوري. ص ٢٥٤.

وتحسب مد الستة أشهر من تاريخ توجيه الإنذار طبقاً لنص المادة ٧٨٥/ ٢ . أما الفترة السابقة على ا لإنذار فلا أثر لها .

**٣٦ - سريان مدة الستة أشهر من تاريخ الاستحقاق في القانون الإماراتي :**

تنص المادة ١٠٩٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه إذا استحق الدين فعلى الدائن المطالبة به خلال ستة أشهر من تاريخ الاستحقاق وإلا اعتبر الكفيل خارجاً من الكفالة " .

فيتضح من هذا النص أن الدائن إذا أراد مطالبة الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول فإنه يجب عليه اتخاذ إجراءات المطالبة خلال ستة أشهر من تاريخ استحقاق الدين . فإن مضت هذه المدة دون مطالبة فإن الكفيل حسب تعبير النص يعتبر خارجاً من الكفالة . أي تبرأ ذمته . ومع ذلك فإن تاريخ استحقاق الدين بالنسبة للكفيل إذا كان أبعد من التزام المدين فإن مدة الستة أشهر - في رأي البعض - [1] تبدأ من تاريخ حلول أجل التزام الكفيل .

ويتضح من ذلك أن المشرع الإماراتي - عكس المشرع المصري - شدد على عاتق الدائن لمصلحة الكفيل ، إذ أن القانون الإماراتي اعتبر الدائن معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذاره من جانب الكفيل . وهذا في رأينا أمر محمود لأن فيه تخفيفاً من مسئولية الكفيل ومراعاة لمصلحته .

(١) عبد الخالق حسن : الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية . ص ٥٩ .

ولذلك حكمت محكمة تمييز دبي ( أنه يجب على الدائن اتخاذ إجراءات المطالبة خلال ستة أشهر من تاريخ استحقاق الدين كيلا يعتبر الكفيل خارجاً من الكفالة . وهذا حتى لا يقع الكفيل في ضرر فيما إذا أصاب المدين إعسار طاريء أو سبب آخر يحول دون استيفاء الحق منه لأن الضرر يزال ولا ضرر ولا ضرار )[1] .

ومن ثم فإنه لا يجوز للمحكمة أن تهمل إعمال هذا الأصل المقرر قانوناً لخروج الكفيل بسبب المصلحة أو العدالة وإلا كانت انحرفت عن المعنى الواضح للنص مما يجعل حكمها معيباً ومخالفاً للقانون[2] .

**٣٧ - الآثار المترتبة على مضي مدة الستة أشهر : -**

يترتب على توجيه الإنذار إلى الدائن التزامه بضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ خلال مدة أقصاها ستة أشهر . غير أنه نظراً أن الفرض هنا أن الكفيل متضامن مع المدين فإنه يستوي أن يتخذ الإجراءات ضد المدين أو ضد الكفيل نفسه ، حيث إنه من شأن الكفالة التضامنية السماح للدائن بمطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي . ومن ثم فإن الهدف من الإنذار في حالة الكفالة التضامنية هو حث الدائن في الرجوع على الكفيل المتضامن إذا كان ينوي ذلك ، حتى يتمكن الكفيل بدوره من الرجوع على المدين في أقرب وقت ممكن قل أن يفاجأ بإعسار المدين أوبإفلاسه[3] .

---

(١) تمييز دبي ٢٧/ ١٠/ ١٩٩٦ الطعن رقم ١ لسنة ١٩٩٦ . قضاء تمييز دبي التجاري لهاني إسماعيل ص ٣٢١ .

(٢) تمييز دبي ١٨/ ١٩٨٩ الطعن رقم ٦١ لسنة ١٩٨٩ . هاني اسماعيل ص ٣٢٢ .

(٣) عبد الخالق حسن : الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية . ص ٥٩ .

ويُقصد باتخاذ الإجراءات خلال ستة أشهر هو قيام الدائن بالإجراءات الواجبة قانوناً لاستيفاء حقه . وذلك بأن يرفع دعوى يطالب فيها بالدين إذا كان هذا الدين ثابتاً في سند عرفي ، أو أن يقوم باتخاذ إجراءات التنفيذ إذا كان بيده سند تنفذي بالدين [١] .

ولا يكفي أن يقوم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات على النحو السابق بل عليه أن يباشرها ويسير فيها وفقاً لمسلك الرجل المعتاد، فلا يتعمد إطالتها أو الإهمال فيها وإلا كان من حق الكفيل الرجوع عليه بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية [٢] .

فإذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذاره في القانون المصري ومن تاريخ حلول أجل الدين دون حاجة إلى إنذار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، فإنه يترتب على ذلك إنقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية مع بقاء المدين ملتزماً بالدين . وبراءة ذمة الكفيل يكون بدون حاجة إلى إثبات أن ضرراً أصابه .

ومع ذلك فإنه يجوز للمدين أن يحول دون ترتيب هذا الأثر - في القانون المصري وعلى خلاف القانون الإماراتي - إذا قدم للكفيل ضماناً كافياً يضمن ما عسى أن يوفيه الكفيل إلى الدائن [٣] . على أن يتم تقديم هذا الضمان الكافي إلى الكفيل قبل

---

(١) السنهوري . ص ٢٥٤ ، سليمان مرقس . ص ٨٠ ، منصور مصطفى ص ٨٠ ، أحمد سلامة ص ٦٣ ، سمير تناغو ص ٩٨ ، توفيق فرج . ص ٥٤ ، همام محمود ص ١٢٠ .

(٢) منصور مصطفى . ص ٨٠ ، أحمد سلامة . ص ٦٣ ومع ذلك يرى البعض أن هذه الإجراءات تعتبر كأن لم تكن وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل . أنظر تناغو . ص ٩٨ ، همام محمود ص ١٢٠ .

(٣) السنهوري ، ص ٢٥٥ ، همام محمود . ص ١٢١ .

انقضاء الستة أشهر وإلا سقط التزام الكفيل والساقط لا يعود .

وإذا قام نزاع بين الكفيل والمدين على كفاية هذا الضمان من عدمه فإن قاضي الموضوع هو الذي يفصل في ذلك [1] .

ولكن هل يجوز إعمال هذا الحكم وهو عدم براءة ذمة الكفيل إذا قدم له المدين ضماناً كافياً في القانون الإماراتي ؟

والجواب أننا نعتقد أنه لا يجوز ذلك لأن إعمال هذا الحكم فيه إطالة لأمد التزام الكفيل ، والقاعدة أن تفسير نصوص الكفالة يجب أن يتم لمصلحة الكفيل . ولاشك أن مصلحة الكفيل في الخروج من الكفالة بدلاً من بقاء التزامه مع تقديم ضمان له .

**٣٨ - عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام : -**

من المسلم به أن الدفع ببراءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات خلال ستة أشهر لا يتعلق بالنظام العام [2] ، وبناء على ذلك فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [3] ، وإنما لابد أن يتمسك به الكفيل سواء في صورة دعوى مبتدأة وفي صورة دفع .

---

(١) السنهوري . الموضوع السابق ، أحمد سلامة . ص ٦٣ .

(٢) سمير تناغو ص ٩٨ ، عبد الخالق حسن . الكفالة . دراسة مقارنة . ص ٢٧٧ ، نبيل إبراهيم ص ٦٤ تمييز دبي ٩/ ٣/ ١٩٩١ الطعن رقم ٨٥ لسنة ١٠٩٩٠ . هاني اسماعيل ص ٣٢١ . تمييز دبي ٢٢/ ١١/ ١٩٩٢ الطعنان ١٧٣ ، ١٧٤ ، لسنة ١٩٩٢ . هاني اسماعيل ص ٣٢١ . ولقد رتبت المحكمة على عدم تعلق الدفع بالنظام العام أنه لا يجوز إعمال حكمه على الوقائع السابقة على العمل بقانون المعاملات المدنية الإماراتي .

(٣) تمييز دبي ٢٦/ ١/ ١٩٩٢ الطعنان ٢١٥ ، ٢١٧ لسنة ١٩١ ، هاني اسماعيل ص ٣٢٣ .

وهذا الدفع من الدفوع الموضوعية التي يجوز إبداؤها أمام محكمة الموضوع، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولكن لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام مكمة النقض. ويترتب على إبدائه سقوط حق التمسك بالدفوع الشكلية [1].

ولما كان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، فإنه يجوز للكفيل التنازل عنه صراحة أو ضمناً بما لا يدع مجالاً للشك في اتجاه إرادته إلى هذا التنازل [2]. على أن هذا التنازل لا يستفاد من النص في العقد على استمرار الكفالة إلى حين أداء الدين، لأن هذا في حد ذاته مجرد تعريف لمفهوم الكفالة، ولا يعني أي تنازل للكفيل عن خروجه من الكفالة إذا تخلف الدائن عن مطالبة المدين لمدة ستة أشهر [3]. ومع ذلك فإن هذا التنازل يجوز الاتفاق عليه في عقد الكفالة ذاته أو في ورقة مستقلة بين الكفيل والدائن. ومحكمة الموضوع هي التي تستقل باستخلاص مدى وجود التنازل عن هذا الدفع من عدمه، دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً وله ما يسانده في الأوراق [4].

---

(١) حمدي عبدالرحمن . ص ٨٢.

(٢) تمييز دبي ١٢/ ٧/ ١٩٩٨ الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٨ . هاني اسماعيل ٣٢٥.
تمييز دبي ٨/ ١١/ ١٩٩٧ الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ١٩٩٧ . هاني اسماعيل ٣٢٥.

(٣) تمييز دبي ١٥/ ٣/ ١٩٩٧ الطعن رقم ١٣٢ لسنة ١٩٩٦ . هاني اسماعيل ٣٢٦.

(٤) تمييز دبي ١٨/ ١٠/ ١٩٩٨ الطعن رقم ٢٤١ لسنة ١٩٩٨ . هاني اسماعيل ٣٢٦.
تمييز دبي ١٢/ ١٢/ ١٩٩٨ الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٩٨ . هاني اسماعيل ٣٢٦.

**٣٩ - خلاصة وتعليق : -**

والخلاصة أن الكفيل تبرأ ذمته إذا لم يقم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ سواء في مواجهة المدين أو في مواجهة الكفيل نفسه، وذلك خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ الإعذار في القانون المصري، ومن تاريخ حلول أجل الدين في القانون الإماراتي . وبهذا يكون المشرع الإماراتي قد خفف عن الكفيل إذ جعل مدة سقوط التزامه تسري من تاريخ الاستحقاق بدون حاجة إلى إنذار . ويا حبذا لو أخذ المشرع المصري بذلك خاصة وأن القانون المقارن يسير في هذا الاتجاه لأنه يحقق مصلحة الكفيل [١] . كما أنه يا حبذا لو قصر المشرع مدة الستة أشهر - كما يرى البعض - ونحن نؤيدهم فيجعلها شهراً أسوة بقانون الالتزامات السويسري، أو شهرين كما هو الحال في المشروع الفرنسي الإيطالي [٢] .

---

(١) من ذلك مثلاً المادة ٥٢٠ التزامات سويسري التي تجعل المدة أربعة أسابيع من تاريخ أجل الدين والمادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي التي جعلت المدة شهرين من وقت حلول أجل الدين .

(٢) من هذا الرأي : منصور مصطفى ص ٨٠ هامش رقم ١ ، عبدالفتاح عبد الباقي ص ٢٥٠ هامش رقم ١ .

## المطلب الثاني

## الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

**٤٠ - الحكمة من هذا الدفع : -**

يعتبر النص المنظم لهذا الدفع من النصوص المستحدثة في التقنين المدني المصري الجديد، وذلك لحماية الكفيل في حالة إفلاس المدين أو إعساره. أما التقنين القديم فكان يجيز للكفيل التدخل في تفليسة المدين إذا لم يتقدم الدائن نفسه، ويأخذ من أموال المفلس ما كان يأخذه الدائن. أما إذا كان الدائن قد تقدم في التفليسة بنفسه فلا يجوز للكفيل التدخل بجانبه، حتي لا يحسب الدين الواحد مرتين في التوزيع [(١)]. أما التقنين الجديد فإنه لم يجز للكفيل الرجوع على المدين إلا بعد الوفاء فعلاً، من ثم فلا يجوز له التدخل في التفليسة، فكان لابد من النص على حماية الكفيل بوسيلة أخرى، وهي وجوب تقدم الدائن إلى تفليسة المدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر. فنصت المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري على أنه " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن " . وهذا الحكم نفسه ورد في المادة ١٠٨٩ من قانون المعاملات المدنية

(١) وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٥٠٣/ ٢ مدني قديم وذلك على سبيل الاستثناء. إذا أن القاعدة أنه لا يجوز الرجوع من قبل الكفيل على المدين قبل الوفاء الفعلي . انظر : محمد كامل مرسي . ص ٤٦ .

الإماراتي [1].

وترجع الحكمة من إفراد نص خاص لهذه الحالة إلى أن عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين لا يعتبر إضاعة لتأمين خاص، وبالتالي فلا يجوز للكفيل الدفع بإضاعة التأمينات الخاصة. كما لا يستطيع الكفيل إنذار الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ خلال ستة أشهر، حيث إنه يترتب على الإفلاس توقف الإجراءات الفردية ضد المدين. ولا يستطيع الكفيل أن يتقدم بنفسه في التفليسة كما كان الحال في القانون القديم. فكان من الضروري أن يوجب القانون على الدائن التقدم في تفليسة المدين، وإلا برئت ذمة الكفيل بقدر ما كان سيحصل عليه الدائن لو تقدم في التفليسة [2].

ويعتبر نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري من النصوص التي لا نظير لها في القانون المدني الفرنسي، حيث استمده المشرع المصري من القانون المقارن [3].

### ٤١ - آثار تمسك الكفيل بالدفع: -

إذا لم يتقدم الدائن إلى تفليسة المدين في حالة إفلاسه - وبالقياس على ذلك في حالة إعساره رغم عدم النص عليها، لتحقق ذات العلة وهي سقوط آجال الديون بالنسبة لجميع الدائنين واشتراكهم في قسمة أموال المدين قسمة غرماء [4] بسبب

---

(١) ويجري نصها على النحو الآتي " على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر ".

(٢) نبيل إبراهيم. ص ١٦٥.

(٣) المادة ٥١١ التزامات سويسري. والمادة ٦٤٣ التزامات بولوني. انظر في ذلك السنهوري. ص ٢٥٦.

(٤) همام محمود. ص ١٢١.

توقف الإجراءات الفردية ، يترتب على ذلك مسئولية الدائن عما أصاب الكفيل من أضرار من جراء ذلك . وقد أوجب القانون أن تحصل المقاصة بين هذا الالتزام بالتعويض وبين التزام الكفيل ، فينقضي التزام الكفيل بمقدار ما يستحقه من تعويض [1] .

وهو ما عبر عنه النص " بقدر ما أصاب هذا الأخير أي الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن " .

والضرر الذي يصيب الدائن يتمثل في المقدار الذي كان سيحصل عليه الدائن لو تقدم في التفليسة وتبرأ ذمة الكفيل في هذه الحدود دون حاجة إلى إنذار .

ويستطيع الكفيل التمسك ببراءة ذمته على النحو السابق ، سواء في صورة دفع أو دعوى . على أنه يلاحظ أن هذا الدفع ليس من النظام العام . ومن ثم فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، كما أنه يجوز للكفيل التنازل عنه [2] .

**٤٢ - رأينا في نص المادة ٧٨٦ مدني : -**

يلاحظ أن نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني المصري ليس إلا تطبيقاً لقاعدة التزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب وإلا كان هذا الدائن مسئولاً عن ذلك نحو الكفيل . غير أن المطالبة هنا لا تتم في صورة اتخاذ إجراءات فردية لأن الافلاس يترتب عليه توقف الإجراءات الفردية . وإنما تتم في صورة تقدم الدائن إلى تفليسة المدين .

---

(١) سليمان مرقس ص ٨٠ .

(٢) سمير تناغو . ص ٩٩ .

وبذلك يتضح أن المشرع قد تدرج في حماية الكفيل : فإذا قصّر الدائن في مطالبة المدين لم تبرأ ذمة الكفيل وإنما يكون له المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وإذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ الإجراءات فإن ذمة الكفيل تبرأ نهائياً من التزامه إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات خلال ستة أشهر . وأخيراً إذا لم يتقدم الدائن إلى تفليسة المدين برئت ذمة الكفيل في حدود ما كان سيحصل عليه الدائن لو تقدم إلى التفليسة [1] .

ونحن نرى أن هذا الحكم كان يمكن الوصول إليه في ضوء القواعد العامة للمسئولية المدنية ، إذ أن عدم التقدم إلى التفليسة يعتبر خطأ ، وهذا الخطأ ترتب عليه ضرر للكفيل ، وبالتالي يكون من حقه المطالبة بالتعويض الذي سيتمثل في المقدار الذي كان سيحصل عليه الدائن . ولكن مع ذلك يظل للنص فائدة إذ أنه سيحصل على هذا التعويض ؛ « براءة ذمته جزئيا» دون حاجة إلي إنذار .

## ٤٣ -حماية الكفيل في القانون الفرنسي عن طريق الرجوع المعجل على المدين:

إذا كان المشرع الفرنسي كما سبق أن ذكرنا لم ينص على تخويل الكفيل الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ، والدفع ببراءة ذمته لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذ الإجراءات . إلا أن القانون الفرنسي حمى الكفيل بوسيلة أخرى هي حقه في الرجوع على المدين قبل الوفاء أو ما يطلق عليه الرجوع غير العادى axtraordinaire وذلك بمقتضى المادة ٢٠٣٢ .

(١) أحمد سلامة . ص ٦٣ .

فوفقاً لهذه المادة عندما يعسر المدين أو يفلس ولم يتقدم الدائن بنفسه لتفليسة المدين فإنه يكون من حق الكفيل التقدم هو نفسه إلى التفليسة فيأخذ نصيبه منها . ومن البديهي أن الدائن لو تقدم هو نفسه إلى التفليسة سقط حق الكفيل في التقدم فيها [١] .

وكذلك عندما يحل أجل الوفاء بالالتزام ولم يطالب الدائن المدين بالوفاء فإنه يكون من حق الكفيل بمجرد حلول الأجل الرجوع على المدين حتى لو لم يوفِ بالفعل للدائن .

ويلاحظ أن نص المادة ٢٠٣٢ مدني فرنسي في سماحه للكفيل في الرجوع على المدين قبل الوفاء الفعلي يتضمن خروجاً على القواعد العامة في أن الرجوع لا يكون إلا بعد الوفاء . وإلا فبماذا سيرجع ؟ فالمشرع وجد أن هناك بعض الحالات الاستثنائية لو تأخر الكفيل في الرجوع على المدين إلى أن يقوم بالوفاء بالفعل لكان هذا الرجوع نوعاً من الوهم حيث تكون قد ضاعت كل فرصة للكفيل في الحصول على حقه [٢] . فهذا بمثابة رجوع وقائي لأنه حتماً سيدفع خلال وقت قصير [٣] .

---

(١) Civ 17.Avril.1905.D.1909.1.385; com.12.juill.1971.Somm.221; Douai.12. fév. 189.D.1893.2.2.481.Note Planiol.

(٢) Mazeaud.No 49- 8.

(٣) Roland.N$^{O}$ 25.

# خاتمة
# بأهم نتائج البحث

- بعد أن انتهينا من دراسة بحثنا في موضوع دفوع الكفيل المتضامن، أستطيع أن أقرر أن الكفالة التضامنية أصبحت هي السائدة في العمل، بل ويمكن القول أنها تمثل القاعدة العامة في عقود الكفالة، واضمحل دور الكفالة العادية بدرجة كبيرة، وذلك يرجع إلى ما توفره الكفالة التضامنية من زيادة ضمان للدائن حيث يستطيع الحصول على حقه بدون تعقيد أو تأخير في الإجراءات .

- ويمكن تعريف الكفالة التضامنية بأنها جمع في حدود معينة بين أحكام الكفالة، وأحكام التضامن، بحيث يكون مركز الكفيل المتضامن أشد وأسوأ من مركز الكفيل العادي. ومع ذلك فإن مركزه السيء لا يمكن أن يصل إلى درجة المدين المتضامن. ذلك لأن الكفيل رغم تضامنه مع المدين يظل في مركز تبعي، على خلاف المدين المتضامن الذي يلتزم بنفس درجة ومستوى المدين الذي تضامن معه. -ونظراً لأن التضامن يسوئ مركز الكفيل فإنه يخضع لقاعدة عدم افتراض التضامن، وإنما لابد من النص عليه صراحة في العقد أو في القانون، وعند الشك يفسر الأمر لمصلحة الكفيل أي يكون كفيلاً عادياً. ومع ذلك فإن القانون الإماراتي عامل الكفيل دائماً على أنه متضامن مع المدين. فالكفالة تكون تضامنية في القانون الإماراتي وذلك تأثراً بمذهب جمهور الفقه الإسلامي .

ويتشابه مركز الكفيل المتضامن مع مركز المدين المتضامن في أنه لا يجوز له أن يدفع بالتجريد ولا بالتقسيم، ولا بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين. لأن التزامه التضامني يفيد نزوله عن هذه الدفوع الثلاثة، لأنها لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن.

- ويختلف مركز الكفيل المتضامن عن مركز المدين المتضامن في أن الأول يكون له التمسك بكل دفع يجوز للمدين أن يتمسك به اللهم إلا الدفع الخاص بنقص أهلية المدين إذا كان الكفيل يعلم بذلك. كما يجوز للكفيل المتضامن- على خلاف المدين المتضامن – التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات خاصة، والتمسك بالدفع بتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين أو عدم اتخاذها أصلاً، وأخيراً الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسه المدين. وهذه الدفوع كلها لا تجوز للمدين المتضامن.

- وبذلك يتضح لنا أن القانون المصري والفرنسي والإماراتي يتفقون فيما يتعلق بدفوع الكفيل المتعلقة بالإلتزام المكفول، وفيما يتعلق بالدفوع المتعلقة بالتقصير في مطالبة الدائن للمدين سواء من حيث عدم مطالبته خلال ستة أشهر أم من حيث عدم تقدمه في تفليسة المدين. ومع ذلك فإن القانون الإماراتي يختلف عن القانونين المصري والفرنسي في عدم نصه على حكم إضاعة الدائن للتأمينات الخاصة الضامنة للمدين، وإنما اقتصر على النص في المادة ١٠٩١ على ضرورة تخلي الدائن عن هذه التأمينات الخاصة للكفيل قبل أن يطالبه

بالوفاء بالدين المفكول . ومع ذلك فإننا نرى أنه يستفاد من هذه المادة وجوب محافظة الدائن على هذه الضمانات الخاصة، وإلا كان مسؤولاً وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، حيث لا يربطه بالكفيل عقد كما سبق أن ذكرنا وذلك بسبب نظرة جمهور الفقه الإسلامي إلى الكفالة على أنها تنشأ بإرادة واحدة أي بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول الدائن، ويرجع استنتاجنا لوجوب محافظة الدائن على التأمينات الخاصة في أنه يجب عليه أن يتخلى عن هذه التأمينات للكفيل، مما يعني حتماً وجوب محافظته عليها، إذ كيف يتخلى عنها إن لم يكن قد حافظ عليها .

# مراجع البحث


- أحمد سلامة : دروس في التأمينات المدنية . مكتبة عين شمس بالقاهرة .
- توفيق حسن فرج : التأمينات الشخصية والعينية . مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ١٩٨٤ .
- جميل الشرقاوي : الكفالة كتأمين شخصي للحقوق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة . مجلة الأمن والقانون التي تصدرها كلية شرطة دبي السنة الثالثة العدد الثاني .
- حمدي عبد الرحمن : التأمينات الشخصية والعينية . عقد الكفالة . ١٩٩٢ بدون ناشر .
- رمضان أبو السعود : و همام محمد محمود : التأمينات الشخصية والعينية ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ١٩٩٨ .
- سليمان مرقص : الوافي في شرح القانون المدني . عقد الكفالة ١٩٩٤ . طبعة نقابة المحامين بمصر .
- سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية . منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٦ .
- عبد الخالق حسن أحمد : الكفالة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي . دار الهدى للطباعة ١٩٨٦ .
  الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة . مطبوعات كلية شرطة دبي الجزء السابع ١٩٩١ .

- عبد الـــرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر .
- عبد الســــلام ذهــني : التأمينات المدنية مطبعة الاعتماد بمصر ١٩٢٦ .
- عبد الفتاح عبد الباقــي : التـأمينات الشـخصـيـة والعينيـة . مطبـعـة دار نشـر الثقافة بالاسكندرية ١٩٥٠ .
- محمد هاني اسماعيــل : قضاء تمييز دبي التجاري ١٩٩٩ بدون ناشر .
- محمد كامل مرســـي : التـأمـينات الشـخـصـيـة والعـينيـة . مطبـعـة نصـر بالقاهرة بدون تاريخ .
- محمود جمال الدين زكي : التـأمـينات الشـخـصـيـة والعـينيـة . الطبـعـة الثـالثـة ١٩٧٩ . بدون ناشر .
- محيي الد ين اسماعــيل : العـقـود المدنيـة الصـغـيـرة . الطبـعـة الثـانيـة بدون ناشر .
- منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة . المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٠ .
- نبيل إبراهيـــم ســـعد : التأمينات الشخصية . منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٠ .
- همام محمـد محمــود : التأمينات العينية والشخصية . دار المعرفة الجامعية بالاسكندرية ١٩٨٩ .

## ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية


- Aynés. Note. D.1989.166.
- Cabrillac. Obs. Rev. trim, dr. com.1974.128.
- Chevallier.obs. Revtrim. dr.civ. 1956.344.
- De Page. traité elémentaire de droit civil Belg.T.6.
- Duranton. droit civil. T.18.
- Gabriel Marty et Pierr Raynaud. droit civrl. T.3.
- Guillouard. Cautionnement et des transaction..
- Helleaux. Note.D.P.1932.1.73.
- Hebraud. obs. Rev. trim. dr.Civ.1959. 363.
- Josserand. droit civil. T.2.
- Laurent droit civil. T.xx v111.
- Lecost. Note J.C.P.1967.11.15301.
- Martin. obs. Rev.Banque 1972.1043.
- Mazeaud. Par. Chabas Leçons de droit civil. T3.
- Philippe Jestaz. encycl. Dalloz..
- Philippe Simler. encycl. Dalloz.
- Prieur. obs J.C.P. 1970. 11.16221.
- Planiol et Ripert. traité de droit civil.T.X.
- Plédiévre .Note. gaz. Pal. 1987.
- Rémy. obs. Rev. trim. dr. civ. 1984.330.
- Roland. Les sûretés. Dalloz 1983.
- Troplong. Du cautionnement.

# ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية
# في القانون المدني العراقي

إعـــداد

الدكتور / جليل حسن الساعدي *

**ملخص البحث :**

جمع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ قواعد نقلت من فقه الشريعة الإسلامية وأخرى نُقلت من التشريعات الغربية، وعلى الرغم من ذلك فقد ظهر في ذات القانون بعض العيوب التي تتعلق بصياغة بعض مواده، وتم نقل مواد أخرى من كتب فقهية لايصح أن يضمها القانون.

وتقتصر الملاحظات في هذا البحث على القواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، فالملاحظات الأولى: تتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية من المواد (١٨٦ - ٢١٧)، كما توجد عدة ملاحظات خاصة بالمسؤولية التقصيرية عن عمل الغير والتي تناولها القانون في ثلاثة نصوص توزعت على موضعين، اختص أولهما بأحكام مسؤولية الشخص عمن هم في رقابته، وعالج ثانيها: أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، أما الملاحظات الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء فقد أفرد المشرع المدني العراقي مواد توزعت على أربع مواضيع كانت محل نظر وتمحيص.

* مدرس القانون المدني في جامعة بغداد - كلية القانون سابقاً، والمحاضر في كلية القانون والمحاسبة في ودان - ليبيا.



**تمهيد:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد سيد المرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين،

**أما بعد.**

فلقد جاء القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) كما تقول أسبابه الموجبة مزاجاً متآلفًا يجمع بين قواعد نُقلت من فقه الشريعة الإسلامية وأخرى نُقلت من التشريعات الغربية . وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين . فيتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ويستحث الخطى لدراسة فقه الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع .

وعلى الرغم من ذلك فقد ظهر في القانون بعض العيوب التي تتعلق بصياغة بعض مواده حيث لم تعد هذه المواد تواكب ما حصل من تطور في الصياغة القانونية الحديثة .

كما أنه نقل مواد أخرى من كتب فقه الشريعة الإسلامية لا يصح أن يضمها القانون . أما أنها تتضمن تفصيلات ليس من شأن التشريع أن ينص عليها أو أنها لا ضرورة لها . فضلاً عن أنه أغفل النص على بعض المواد التي كان يجب النص عليها .

وتقتصر ملاحظاتنا في هذا البحث على القواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .

فمعلوم أنه ما من مشكلة جذبت نظر الفقهاء المعاصرين ووضعت موضع الامتحان روح النقد فيهم ومقدار كفايتهم في الترتيب والتنظيم كمشكلة المسؤولية المدنية . لم يكن شيء أكثر منها حدثاً جديداً وأشد تعقيداً وأعظم منها ضغطاً وإلحاحاً ولا أزيّد منها حيوية . وهي تحت فعل الحياة الحديثة تحاول أن تشغل مركز القانون المدني ومن ثم مركز القانون كله . إليها نرجع في كل مادة وفي جميع الاتجاهات في القانون الخاص كما في القانون العام في نطاق الأشخاص كما في نطاق الأموال .

وهكذا لسنا بحاجة إلى كبير عناء حين نقرر حقيقة واقعة هي أننا نعيش اليوم في عصر المسؤولية[1] .

ولا شك أن الموضوع الذي يثير الجدل زمنا ليس بالقصير دون ان يوصد باب الاجتهاد فيه لهو اكثر المواضيع جذبا للاهتمام في البحث القانوني . أو كما يقول الأستاذ(ريبير) إن أجل مساهمة يمكن أن نفتخر فيها هي دراسة المسؤولية المدنية[2] .

إن ملاحظاتنا في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي نوردها في ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي :

المبحث ألاول : الملاحظات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية .

---

(١) انظر : د . حسن الذنون . المبسوط في المسؤولية المدنية . الجزء الاول . شركة التايمس للطبع والنشر . بغداد ١٩٩١ص٢٢ .

(٢) انظر : تقديم الاستاذ (ريبير) لمؤلف المسؤولية المدنية للاستاذ (سافاتييه) الطبعة الثانية ١٩٥١ .

المبحث الثاني : الملاحظات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن عمل الغير .

المبحث الثالث : الملاحظات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن الأشياء .

## المبحث الاول
## الملاحظات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية

لقد أورد القانون المدني العراقي أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية في المواد (١٨٦-٢١٧) ولنا بعض الملاحظات على هذه المواد وكما يأتي :

**الملاحظة الاولى :**

لقد ابتدأ القانون المدني العراقي أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية ببيان حكم العمل غير المشروع الواقع على المال ثم تناول حكم العمل غير المشروع الواقع على النفس. ويعد هذا المسلك منتقدا لان النفس والجسد أكثر أهمية من المال فحق الإنسان في الحياة وفي سلامة البدن هو أغلى وأثمن الحقوق. وقد كان الأولى بمشرعنا المدني أن يبتديء بحكم العمل غير المشروع الواقع على النفس أولا . فهذه الأحكام هي في مقدمة مواضيع القانون المدني التي يجب بحثها ومن ثم تليها أحكام الاعتداء الواقع على المال .

من ناحية أخرى فإن القانون المدني العراقي جاء خلواً من قاعدة عامة مفادها أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يوجب التعويض على نحو ما نص عليه القانون المدني

الفرنسي[1] والقانون المدني المصري[2] وإنما مثل لحالات معينة موضحاً أحكامها تأثراً منه بالفقه الإسلامي . ولاشك أن ثمة حاجة لوجود قاعدة عامة في هذا الموضوع وقد استشعر المشرع العراقي بهذه الحاجة في المادة (٢٠٤) التي تنص على أنه "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" ويرى البعض -بحق- إن أقرب قانون يمكن أن يشبه بالقانون المدني العراقي في هذه المسألة هو القانون الإنكليزي الذي لايورد قاعدة عامة يستمد منها تقرير المسؤولية وإنما يورد في تفصيل الأعمال غير المشروعة ويذكرها على وجه التحديد[3] .

## الملاحظة الثانية :

لم يشترط القانون المدني العراقي في قاعدته العامة التمييز فيمن يلزمه الضمان فالقانون المدني العراقي تميز عن نظيره المصري في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية . ففي الوقت الذي نص فيه القانون المدني المصري على أن الخطأ هو الأساس الاصيل في المسؤولية التقصيرية وأن هذا الأساس يقوم على عنصرين هما العنصر المادي وهو التعدي والعنصر المعنوي وهو التمييز[4] فإن القانون المدني العراقي أقام هذه المسؤولية على أساس التعدي فحسب[5] . ومع ذلك فقد ذهب الفقه

---

(١) انظر : المادة ١٣٨٢ منه .

(٢) انظر : المادة ١٦٣ منه .

(٣) انظر : د . محمود سعد الدين الشريف . شرح القانون المدني العراقي . الجزء الاول مطبعة العاني . بغداد ١٩٥٥ص٣٥٦ .

(٤) انظر : المادة ١٦٣ منه .

(٥) انظر : المادة ١٨٦ منه .

العراقي إلى أن القانون المدني العراقي باشتراطه التعدي قد استلزم توافر الخطأ بركنيه المادي والمعنوي بوصفه أساسا للمسؤولية التقصيرية . فالقاعدة العامة ما زالت تعد التمييز عنصرا للمسؤولية عن العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي وإن هذا القانون لم يصل إلى حد تقرير المسؤولية الموضوعية التي تبنى على مجرد وقوع الضرر[1] .

إلا أننا نذهب إلى غير ذلك ونرى أنه يجب تفسير هذا التعدي من ناحيتين إيجابية وسلبية فمن الناحية الإيجابية يُعد الشخص متعدياً عند قيامه بعمل إذا ما تجاوز الحدود التي كان يجب عليه التزامها عند قيامه بذلك العمل . ومن الناحية السلبية يعد الشخص متعدياً إذا امتنع عن القيام بعمل كان يجب عليه أن يقوم به[2] فالتعدي على هذا النحو لايعدو أن يكون الخروج عن نطاق الجواز القانوني بعمل أو بترك سواء أكان هذا الخروج مقترناً بالتمييز أم لا . فالقانون العراقي إذ ينص في المادة (٢١٦) على أنه (لا ضرر ولا ضرار) فإنه يكون قد قرر قاعدة عامة تقضي بأن من يُحدث ضرراً يُلزم بالتعويض فإذا ما أحدث شخص ضرراً فإنه يكون قد تعدى بغض النظر عن تميزه . وما نص المادتين (١٩١-١) و(٢٠٢) من هذا القانون إلا توكيداً لهذا الرأي الذي نقول به . فالمادة (١٩١- ١) تنص على أنه "إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز

---

(١) انظر : د . محمود سعدالدين الشريف . المصدر السابق . ص٣٨٤ . وانظر كذلك : قرار محكمة التمييز رقم ٧٩٥ -ص- ١٩٥٥ في ١-٧-١٩٥٥ مجلة القضاء ١٩٥٥ العدد الثاني ص٧٤ .

(٢) انظر : د عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني . الجزء الاول . مطبعة نديم . الطبعة الخامسة . ص٤٩١ .

أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله " وظاهر أن هذا النص الذي تناول الاعتداء الواقع على المال لم يشترط التمييز ولا يقال أن هذا النص استثنائي لوروده ضمن القواعد العامة ولا يمكن التسليم أن مسؤولية عديم التمييز تشدد بنص استثنائي . والمادة (٢٠٢) تنص على أنه "كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أى نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر" وظاهر أن هذه المادة لم تُشر صراحة ولا دلالة إلى الخطأ ولا حتى إلى التعدي وإنما اكتفى المشرع فيها بالفعل أو بالترك المخالف للقانون . فهذه المادة تضع حُكماً عاماً في تقرير مسؤولية كل شخص يأتي فعلاً ضاراً بالنفس سواء أكان هذا الشخص مميزاً أوغير مميز وذلك لعموم النص وعدم تقييده بشرط معين . وهذا النظر هو الذي يعطي تفسيراً معقولاً لتقرير مسؤولية عديم التمييز مع انتفاء العنصر المعنوى عنده [1] .

**الملاحظة الثالثة:**

ميَّز القانون المدني العراقي في مسألة التعويض عن الضرر المادي المرتد بين الإصابة الجسدية المميتة والإصابة الجسدية غير المميتة . فأجاز التعويض في الحالة الأولى دون الثانية . ويظهر هذا الحكم من نص المادة (٢٠٣) التي جاء فيها "في حالة القتل أو في حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحُرموا من الإعالة بسبب القتل أو الوفاة" ولاشك أن القانون المدني العراقي لم يكن موفقاً في هذه المسألة وقد كان الاولى به أن يقرر التعويض عن الضرر المادي المرتد ليشمل الإصابة

(١) أنظر : د . فخري رشيد المهنا . اساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز . رسالة ماجستير من جامعة بغداد ١٩٧٤ ص١٩٦ .

الجسدية المميتة وغير المميتة على حد سواء . بحيث يتسنى لمن حُرم من الإعالة بسبب الإصابة البدنية المميتة أو غير المميتة أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

من جانب آخر فإن الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي تنص على أنه " ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب " وظاهر أن هذا النص قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي المرتد في حالة موت المصاب للأزواج والأقربين من الأسرة دون تحديد لدرجة القرابة . فكان هذا النص سبباً للخلاف في الفقه العراقي . فثمة من يرى أن المقصود بالأقربين من الأسرة هم أقارب المتوفى إلى الدرجة الثانية[١] . وذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بالأقربين من الأسرة هم ورثة المتوفى أو من تجب عليه نفقتهم[٢] .

كما يلمس هذا الخلاف في قضاء محكمة التمييز . فقد حصرت هذه المحكمة في بعض أقضيتها حق التعويض عن الضرر المعنوي المرتد بسبب الوفاة إلى الدرجة الثانية من القرابة[٣] في حين أنها وسعت هذا الحق في أقضية أخرى ليشمل أقرباء المتوفى حتى الدرجة الرابعة[٤] .

(١) انظر : فريد فتيان . مصادر الالتزام . مطبعة العاني . بغداد١٩٥٧ ص٢٨٣ .

(٢) انظر : د . حسن الذنون . اصول الالتزام . بغداد ١٩٧٠ ص٢٢٣ .

(٣) انظر : القرار رقم ٤٠٢- مدنية أولى- ١٩٧٥ في ٣٠- ١٠- ١٩٧٥ مجموعة الأحكام العدلية ١٩٧٥ ص٣٣ .

(٤) انظر : القرار رقم ١٧٧- مدنية أولى - ١٩٨٠ في ٣٠-٨- ١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية ١٩٨٠ ص١٣ .

والذي نختاره من جواب في هذه المسألة أن القانون المدني العراقي إذ لم يحدد المقصود بالأقربين من الأسرة الذين يُقضى لهم بالتعويض عن الضرر المعنوي المرتد فإنه يكون بهذا قد ترك هذه المسألة لسلطة القاضي التقديرية[1] وهو توجه لا شائبة فيه لأنه ينسجم مع السياسة التشريعية الحديثة التي تعترف للقاضي المدني بسلطة تقديرية وصولاً لحكم عادل في القضايا المعروضة عليه.

**الملاحظة الرابعة:**

قصر القانون المدني العراقي التعويض عن الضرر المعنوي على المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية. ففي المسؤولية التقصيرية نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠٥) منه على أنه " يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض " فنص هذه الفقرة يشير صراحة إلى وجوب التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية[2]. وعلى العكس من هذا فإنه إذا ما تصفحنا نصوص المسؤولية العقدية[3] فلا نجد أية إشارة إلى التعويض عن الضرر المعنوي. ويعلل بعض الفقه العراقي هذا المسلك بأمرين :

**أولهما :** إن هذا النوع من الضرر قليل الوقوع في دائرة العقود. فضلاً عن أنه ليس محل إجماع فقهاء القانون المدني.

(١) انظر : د . عبد الرزاق عبد الوهاب . تعويض الضرر الادبي في القانون السويسري والقانون العراقي . مجلة القضاء ١٩٦٤ . العدد الثاني ص٢٩-٣٠ .

(٢) انظر : د . حسن الذنون . المبسوط . المصدر السابق . ص٢٢٣ .

(٣) انظر : المواد ١٦٨- ١٧٦ منه .

**وثانيهما :** أن العقليّة المسيطرة على معظم أعضاء لجنة وضع القانون المدني العراقي هي عقلية فقهية إسلامية . ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي لا يقر المسؤولية العقدية على النحو المقرر في القانون الوضعي . فضمان العقد عنده ليس مرادفاً للمسؤولية العقدية عند فقهاء القانون الوضعي . فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية وهو لا يقضي بالتعويض إلا عن ضرر مادي واقع بالفعل [١] .

وعلى الرغم من هذا كله فإن محكمة التمييز أجازت في قضاء فريد لها التعويض عن الضرر المعنوي في دائرة المسؤولية العقدية . حيث قررت بأن "الخطأ في تاريخ ختم صكوك المسافرين يستوجب التعويض عن الضرر الادبي الذي لحق بالمسافر" [٢] .

ولا شك أن هذا القضاء جدير بالتأييد وأن هناك حاجة لوجود نص صريح في القانون المدني العراقي يجيز التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء [٣] .

**الملاحظة الخامسة:**

جاء القانون المدني العراقي خلواً من نص يعالج فيه الضرر المستقبل ومدى التعويض عنه . وقد كان الأولى به أن ينص على جواز التعويض عن الضرر المستقبل إذا تحقق سببه وتراخت آثاره إلى المستقبل . ويبدو أن هذا هو منهج محكمة التمييز

(١) انظر : د . حسن الذنون . المبسوط . المصدر السابق . ص٢٢٣ .

(٢) انظر : القرار رقم ٧٤٣- حقوقية- ١٩٦٩ في ١٣-١١-١٩٦٩ . مجلد قضاء محكمة التمييز لسنة ١٩٦٩ ص٣٢٠ .

(٣) وقد نص قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ٢٤-ثانيا على هذا الحكم .

التي قضت في حكم لها بأن التعويض عن الضرر المعنوي المستقبل جائز للصغار لأنهم سيشعرون مستقبلا بذل اليتم ومرارة فقدان المتوفى [1] .

من جانب آخر فإن القانون المدني العراقي لم يبين حكم التعويض عن تفويت الفرصة . وقد كان الأولى به أن ينص على جواز الحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة إذا ثبت لدى المحكمة إمكان الإفادة منها .

**الملاحظة السادسة :**

اعتنق القانون المدني العراقي النظرية الموضوعية في تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية[2] . ولهذا فإنه لم ينص في المادة (٢٠٧) منه على وجوب الاعتداد بالظروف الملابسة للضرر عند تقدير التعويض كما فعل القانون المدني المصري[3] . ولا شك أن الحاجة تدعو إلى وجود نص يوجب على المحكمة أن تراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للضرر . كجسامة خطأ المضرور أو محدث الضرر ومركزه المالي والاجتماعي والمهني وحالته الصحية وتأمينه ضد المسؤولية المدنية وما إلى ذلك من الظروف الأخرى الملابسة للضرر .

---

(١) انظر : القرار رقم ٨٣٧ - مدنية أولى - ١٩٧٩ في ٣-٦-١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية ١٩٨٠ ص١٢٧ .

(٢) تتنازع هذا الموضوع نظرية شخصية تقول بمراعاة الظروف الملابسة للضرر وهو ما يعبر عنه بمبدأ التعويض العادل للضرر . ونظرية موضوعية تقول بتجاهل تلك الظروف وهو ما يعبر عنه بمبدأ التعويض المعادل للضرر .

(٣) انظر : المادة ١٧٠ منه .

وعلى الرغم من افتقار القانون المدني العراقي لنص صريح في هذه المسألة فإننا نرى أن في ثنايا هذا القانون ما يدل على وجوب مراعاة بعض الظروف الملابسة للضرر. ويمكن الاستدلال بنص المادة (١٩١-٣) التي تناولت تقدير التعويض الذي يستحقه المضرور عن الضرر الذي يحدثه صبي غير مميز أو مميز أو من في حكمهما. حيث تنص على أنه "عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم". وإذا ما قيل أن هذا النص يعد استثناءً على المبدأ العام ومن ثم فإنه لايصح القياس عليه ولا التوسع في تفسيره. فإننا نرى أنه ليس كل استثناء لايصح القياس عليه ويلزم عدم التشبث بحرفية النصوص القانونية وأن تكون العبرة بروح القانون على نحو يؤدي إلى الابتكار في التفسير.

وقد تبنت محكمة التمييز هذا الرأي فقالت ما نصه "... يقدر التعويض في ضوء مهنة المصاب. فإذا كان المصاب جنديًا فيقدر التعويض المادي له في ضوء مهنته وموارده التي يكتسب بها عيشه بعد انتهاء خدمته العسكرية الإلزامية "[1].

**الملاحظة السابعة :**

أجاز القانون المدني العراقي تقدير التعويض النقدي في صورة إيراد مرتب أو أقساط دورية. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) على أنه "تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطا أو إيراداً مرتباً. . " .

(١) انظر : القرار رقم ١٨٣- مدنية أولى- ١٩٨٠ في ١٣-٥- ١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية ١٩٨٠ ص٣٣ .

وعلى الرغم من المزيّة التي يحملها النص إلا أنه قد أغفل الإشارة إلى ربط المرتب بارتفاع أسعار المعيشة وهو أمر في غاية الأهمية . حيث يمليه مبدأ جبر الضرر كاملا . وخليق بالقضاء العراقي في حالة تحديد التعويض في صورة إيراد مرتب أن يربط هذا الإيراد بمقياس أسعار المعيشة من أجل ضمان التوازن بين الضرر والتعويض . وهو ما تبناه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه . وقد أحدث هذا القضاء جدلاً في الفقه الفرنسي . بيد أن ذلك لم يمنع محكمة النقض الفرنسية من إقراره[1] . وقد انعكس قضاء محكمة النقض الفرنسية في هذه المسألة على القانون الذي أصدره المشرع الفرنسي في (٢٧) ديسمبر (١٩٧٤) فيما يخص تحديد المرتب تعويضاً عن الأضرار التي تقع بفعل آلات النقل البري الميكانيكية[2] .

### الملاحظة الثامنة:

قيد القانون المدني العراقي حالة الدفاع الشرعي في الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) على الدفاع عن النفس سواء أكانت نفس المدافع أو نفس الغير . وذلك خلافا للقانون المدني المصري الذي اجاز الدفاع الشرعي عن النفس أو عن المال على حد سواء[3] . ولاشك أن منهج القانون المدني العراقي في هذه المسألة يعد منهجاً منتقداً وأن القيد الوارد في المادة المذكورة يعد قيداً لامبرر له .

(١) انظر : نقض مدني فرنسي ٦ -نوفمبر- ١٩٧٣ غازيت القضاء ١٩٧٤- ٢-٨٦٨ أشار إليه : د . سليمان مرقس . الوافي في شرح القانون المدني . المجلد الثاني . مطبعة السلام ١٩٨٨ ص٥٤٢ .

(٢) انظر : د . سليمان مرقس . المصدر ذاته . الإشارة أعلاه .

(٣) انظر : المادة ١٦٦ منه .

من ناحية أخرى فإن القانون المدني العراقي لم يكن موفقا في الفقرة الثانية من المادة (٢١٣) عند تنظيمه لحالة الضرورة. حيث ساوى بين ضرورة إنقاذ الإنسان وضرورة إنقاذ المال. كما أنه لم يمنح المضرور الحق في التعويض عن كل الضرر الذي أصابه بل إنه نص على إعفاء فاعل الضرر من جزء من التعويض على الرغم من أنه ارتكب الفعل الضار ليتجنب الضرر الأشد وليستفيد من فعله بتحمل ضرر أخف. كما لا نوافق القانون المدني العراقي فيما قرره في الفقرة الثانية من المادة (٢١٤) حيث قضى بالتعويض المناسب إذا هدم الفاعل من تلقاء نفسه مادام أن الهدم كان لمصلحة عامة. وقد كان الأولى به ان ينص في هذه الحالة على أن لكل من أصيب بضرر بسبب محاولة إنقاذ حياة الغير أو ماله من خطر حال أن يطالب الدولة بالتعويض. وأساس ذلك أن الفاعل في هذه الحالة قد أسدى خدمة كبيرة للدولة.

## المبحث الثاني
## الملاحظات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عن عمل الغير

تناول القانون المدني العراقي أحكام المسؤولية التقصيرية عن عمل الغير في ثلاثة نصوص (م٢١٨-م٢٢٠) توزعت على موضعين اختص أولهما بأحكام مسؤولية الشخص عمن هم في رقابته. وعالج ثانيهما أحكام مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه. ولنا بعض الملاحظات على هذه النصوص نوردها كالآتي :

**الملاحظة الاولى :** نصت المادة (٢١٨-١) على أنه "يكون الأب ثم الجد ملزماً

بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير " وظاهر أن هذا النص لم يضع قاعدة عامة في مسؤولية الشخص عمن هم في رقابته وإنما قصر هذه المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض في الرقابة على الأب ثم الجد. ويعلل الفقه العراقي منحى القانون المدني العراقي في هذه المسألة بأنه قد قصد القضاء بحكم مخالف لما نص عليه القانون المدني المصري في شأن مسؤولية متولي الرقابة[1] . ذلك أن القانون المدني العراقي قد نص على مسؤولية الصغير مميزاً كان أم غير مميز أو من في حكمهما عن أفعالهم الضارة وقد جعل هذه المسؤولية أصلية وإن كانت مخففة[2] . بينما جعل القانون المدني المصري مسؤولية عديم التمييز مسؤولية احتياطية وجوازية ومخففة [3] . وعلى ذلك فإن القانون المدني العراقي بعد أن قرر مسؤولية المباشر عن الضرر الذي أحدثه أياً كان إدراكه فإنه عمد بعد هذا إلى تضييق نطاق مسؤولية الشخص عمن هم في رقابته وقصرها على الأب ثم الجد دون سواهما [4] .

ولعل تساؤلاً يرد في الذهن هنا وهو ما إذا كان في الوسع تفسير نص المادة (٢١٨) مدني تفسيراً واسعاً بحيث تنعقد المسؤولية المنصوص عليها في المادة المذكورة ولو لم يكن متولي الرقابة أباً أو جداً ؟

---

(١) انظر : المادة ١٧٣ منه .

(٢) انظر : المادة ١٩١ منه .

(٣) انظر : المادة ١٦٤ منه.

(٤) انظر : د . عبد المجيد الحكيم . المصدر السابق . ص٥٧٠ .

ذهب جمهور الفقه[1] والقضاء[2] العراقي إلى عدم جواز التوسع في تفسير نص المادة (٢١٨) مدني وذلك لأمرين :

**أولهما** : أن ما جاء في هذه المادة يعد من قبيل المسؤولية الاستثنائية التي تقررت بالنص خلافا للقواعد العامة فهي تقوم على اساس الخطأ المفترض في الرقابة ولما كان كل ما يجئ مخالفاً للقواعد العامة لا يجوز التوسع في تفسيره كما لايصح القياس على ما يرد على خلاف القياس فإنه يجب عدم التوسع في تفسير النص المذكور .

**وثانيهما** : أن القانون المدني العراقي استمد أحكامه في هذا الباب من الشريعة الإسلامية . والأصل في الشريعة الإسلامية أن الشخص لا يُسأل إلا عن فعله ولا يُسأل عن فعل غيره . وذلك لقوله تعالى ﴿ولا تَزِرُ وازرةٌ وِزْرَ أخرى﴾ [3] وقوله تعالى ﴿كُلُ نفسٍ بما كسبت رهينة﴾ [4] وقوله تعالى ﴿ولا تُسئلون عما كانوا يعملون﴾ [5] . فيستدل من هذه الآيات أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بمسؤولية الشخص عن فعل

---

(١) انظر : د . عبد المجيد الحكيم . المصدر ذاته . الاشارة اعلاه . د . صلاح الدين الناهي . مبادئ الالتزامات . مطبعة سلمان الاعظمي . بغداد ١٩٦٨ ص١٩٩ . د . غني حسون طه . الوجيز في النظرية العامة للالتزام . مطبعة المعارف بغداد ١٩٧١ ص٤٩٥ .

(٢) انظر : القرار رقم ٦٥٤ - موسعة أولى - ٨١ في ٢٣-١٠- ١٩٨٢ مجموعة الأحكام العدلية ١٩٨٠ ص٢٩ . والقرار رقم ٧٨٧- ج - ١٩٦٩ في ١٢- ١١ - ١٩٦٩ مجلة القضاء ١٩٦٩ ص١٨٨ .

(٣) الانعام - ١٦٤ . الاسراء - ١٥ . الزمر - ٧ . فاطر - ١٨ .

(٤) المدثر - ٣٨ .

(٥) البقرة - ١٣٤ .

غيره المبنية على قرينة الخطأ في الرقابة [1] .

**ويبدو لنا أن هذه التبريرات لا تقوى على التحليل وأنه يمكن الرد عليها من ناحيتين:**

**الناحية الاولى** : أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تقول بمبدأ التبعة الفردية فإنه يرد على هذا المبدأ بعض المستثنيات التي يعد الشخص فيها مسؤولاً عن فعل غيره . ويستفاد هذا من قول رسول الله ﷺ «كلكم راعٍ فمسؤول عن رعيته . فالأمير الذي على الناس راعٍ وهو مسؤول عنهم . والرجل راعٍ على أهل بيته وهو مسؤول عنهم . والمرأة راعيةٌ على بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم . والعبد راعٍ على مال سيده وهو مسؤول عنه . ألا فكلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته» [2] .

كما قضى رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة في القتل الخطأ [3] وهذا لاخلاف فيه [4] فهو ثابت في السنة والإجماع وهو مخالف لظاهر قوله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ لكنه خص من عمومه وذلك لما فيه من المصلحة لأن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة . ويحتمل أن يكون السر فيه أنه لو أفرد الجاني بالتغريم حتى يفتقر لآل الأمر إلى الإهدار بعد الافتقار فجعل على عاقلته لأن احتمال فقر الواحد أكثر من

---

(١) انظر - د . سليمان مرقس . محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية . معهد الدراسات العربية العالية ١٩٦٠ ص١١ .

(٢) انظر : البخاري . صحيح البخاري . الجزء الثالث . دار القلم بيروت ص٣٠٥ .

(٣) انظر : ابن ماجة . سنن ابن ماجة . الجزء الثاني . شركة الطباعة العربية السعودية . ١٩٨٤ ص١٠٢ .

(٤) انظر : ابن حزم . المحلى . الجزء العاشر . منشورات المكتب التجاري . بيروت ص٤٠١ .

احتمال فقر الجماعة ولأنه إذا تكرر ذلك فيه كان تحذيره من العود إلى مثل ذلك من جماعة ادعى إلى القبول من تحذير نفسه"[1] .

كما أن الآيات القرآنية التي استند اليها بعض الفقه في نفيه لمعرفة الشريعة الإسلامية للمسؤولية عن فعل الغير وإن كانت تفيد كما يقول الإمام القرطبي "ألا يؤخذ أحد بذنب أحد" إلا أنه يحتمل "أن يكون المراد بهذه الآيات في الآخرة. فإما التي في الدنيا فقد يؤاخذ بعضهم بجرم بعض"[2] . أو كما يقول الإمام الشافعي "والذي سمعت والله أعلم من قوله عز وجل ألا تزر وازرة وزر أخرى أن لا يؤخذ أحد بذنب غيره وذلك في بدنه دون ماله"[3] وظاهر مما تقدم أن لمبدأ التبعة الفردية في الشريعة الإسلامية مستثنيات يقتضيها العدل والإنصاف وأن تعليل هذه المستثنيات كتعليل غيرها يستند إلى تعارض المصالح وإلى ما يجب في ذلك من الترجيح بينها وتفضيل أهمها على المهم منها[4] .

**الناحية الثانية** : ليس صحيحاً القول ان كل استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره او القياس عليه . فالفكر القانوني ملزم بالابتكار في تفسير القانون وملزم

(١) انظر : العسقلاني . فتح الباري . الجزء الثاني عشر . دار الكتب العلمية . بيروت ١٩٨٩ ص٣٠٤ .

(٢) انظر : القرطبي . الجامع لأحكام القران . الجزء الثاني . دار إحياء التراث العربي . بيروت ١٩٦٥ ص١٣٩ .

(٣) انظر : الشافعي . احكام القران . الجزء الاول . دار الكتب العلمية . بيروت ١٩٨٠ ص٣١٨ .

(٤) انظر : د . صبحي محمصاني . النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية . دار العلم للملايين . بيروت ١٩٧٢ ص٢١١ .

بمراعاة الحكمة من النصوص القانونية (روح القانون) عند التطبيق. وعلى ذلك نرى أنه يجب أن تنسحب قرينة الخطأ في الرقابة المنصوص عليها في المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي إلى كل من يجب عليه قانوناً او اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية. لاسيما أن القانون المدني العراقي لم يشترط لقيام المسؤولية المنصوص عليها في هذه المادة اتحاد المسكن (المساكنة)بين المكلف بالرقابة والخاضع لها. ومن ثم يجب تفسير إغفال المشرع العراقي لهذا الشرط على أنه اراد الاستغناء عنه. مما يفيد أن الالتزام بالرقابة طبقاً للمادة (٢١٨) يمكن أن ينتقل من الأب أو الجد إلى غيرهما.

**الملاحظة الثانية:**

لم يحدد القانون المدني العراقي السن القانونية التي ينتهي فيها الالتزام بالرقابة على الصغير طبقا للمادة (٢١٨). وإزاء ذلك تساءل الفقه العراقي عن هذه السن وما إذا كانت هي سن زوال الولاية على النفس وهي تمام الخامسة عشرة وفقا لأراء الفقه الإسلامي؟ أم هي سن زوال الولاية على المال وهي تمام الثامنة عشرة. أي بلوغ سن الرشد في القانون المدني العراقي؟ وقد ذهب هذا الفقه إلى أن عدم تحديد السن القانونية التي ينتهي فيها الالتزام بالرقابة على الصغير يكمن في عدم رغبة القانون المدني العراقي بالأخذ بما هو مقرر في فقه الشريعة الإسلامية من انقضاء الولاية على النفس ببلوغ الصغير سن الخامسة عشرة. فلو أراد القانون المدني العراقي الأخذ بهذا الحكم لنص عليه صراحة. ومن ثم فإن الالتزام بالرقابة يظل قائماً ولو جاوز الصغير سن الخامسة عشرة ولكنه لم يكمل سن الثامنة عشرة وأن المسؤولية القائمة على

أساس الخطأ المفترض في الرقابة طبقاً لنص المادة (٢١٨) تظل قائمة حتى يبلغ الصغير سن الرشد[١] .

من ناحية أخرى فإن قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) اعتبر الصغير الذي أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية[٢] . ولاشك أن هذا الحكم يثير تساؤلاً حول ما إذا كان الالتزام بالرقابة على الصغير طبقاً للمادة (٢٨١) مدني ينقضي بمجرد الزواج ؟ وما هو الحكم إذا ما انحلت رابطة الزوجية قبل بلوغه سن الرشد ؟ فهل يعود الالتزام بالرقابة عليه مجدداً ؟ يخلو التشريع العراقي من إجابة على هذه التساؤلات . ونحن نرى أنه إذا ما تزوج الصغير وظل يعيش في كنف الأب أو الجد فإن الزواج لايغير من حالته شيئاً ويظل الالتزام برقابته قائماً على من يرعاه ذلك لأن الصغير في هذا العمر يكون غالبا في مرحلة التعليم مما يوجب خضوعه للرقابة .

**الملاحظة الثالثة :**

لم ينص القانون المدني العراقي على مسؤولية المعلم المدنية بوصفه متولياً للرقابة على التلاميذ المعهود بهم إليه بمقتضى وظيفته التعليمية وذلك خلافاً للقانونين المصري[٣] والفرنسي[٤] . فقد تميَّزت هذه المسؤولية في القانون المدني الفرنسي

(١) انظر : د . عبد المجيد الحكيم . المصدر السابق . ص٥٦٩ . د . صلاح الدين الناهي . المصدر السابق . ص٢٠٠ . د . غني حسون طه . المصدر السابق . ص٤٩٥ فريد فتيان . المصدر السابق . ص٣١١ .

(٢) انظر : المادة - ٣- أولا - ١ منه .

(٣) انظر : المادة ١٧٣ منه .

(٤) انظر : المادة ١٣٨٤ - ٨ منه .

بقواعد خاصة تمثلت بحلول الدولة محل المعلم في المسؤولية المدنية وحظر مقاضاة المعلم أمام القضاء أو إحضاره بوصفه شاهداً في دعوى المسؤولية وخضوع الدعوى التي يرفعها المضرور ضد الدولة طبقاً لمبدأ الحلول لنظام قانوني خاص من حيث الإجراءات القضائية والاختصاص القضائي والتقادم الذي يسري عليها[1] . ولا ريب أن هذا يكشف عن مدى الأهمية التي يتمتع بها هذا الضرب من المسؤولية كما يؤكد في الوقت ذاته أنه لم يعد هناك نوعاً واحداً من المسؤولية المدنية بل أصبحت أنواعا متعددة. تبينها وتحدد مداها طبيعة المهنة التي يزاولها الشخص ومدى الالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه تلك المهنة . ولم يعد الكائن الاجتماعي الذي يُنظم القانون أحواله ذلك الشخص المجرد الذي صاغه القانون المدني في قالب واحد . بل أصبح ذلك الشخص الذي يزاول مهنة معينة فظهر في الأفق نظام مهني يتحدد فيه المركز القانوني للشخص لا بالنظر إليه مجرداً بل بالنظر إلى المهنة التي يزاولها والفن الذي يمارسه . مما حدا بالبعض إلى أن يعبر عن الأمل بوضع قانون مدني مهني تنظم فيه مسؤولية أرباب المهن وذلك بحسب الطبيعة القانونية الخاصة لالتزاماتهم المهنية مما يعني أن مستقبل علم القانون يتجه نحو التخصص المطرد[2] .

---

(١) انظر :
Mazeaud et Tunc . Traite theorique et pratique de la responsabilite civile tome premier . sixieme editions . 1965 . no . 790 et suiv . Larroumet . responsabilite de fait d autrui . ency . dalloz. V .responsabilite du fait d autrui 1975 ;Perreau, la du 5 avril 1937 et la responsabilite civil de members de l enseignement rublic .R .T .de droit civil 1938 ; Savatier :op , cit , no. 229 et suiv .

(٢) انظر : د . حسن زكي الابراشي . مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن . رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٥٠ ص٤٥١ .

وفي ضوء ما تقدم نرى أنه قد بات من الضروري أن يحذو القانون المدني العراقي حذو القانون المدني الفرنسي في هذه المسألة ونقترح من أجل ذلك النصوص القانونية الآتية :

**المادة الاولى:**

" يعد المعلم مسؤولاً عن الضرر الذي يُحدثه تلامذته أو يُحدث لهم في أثناء وجودهم تحت رقابته " .

**المادة الثانية :**

" يستطيع المعلم أن يخلص من هذه المسؤولية إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو إذا أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " .

**المادة الثالثة :**

" تحل مسؤولية الدولة محل مسؤولية المعلم . فإن كان المعلم يعمل في مدرسة خاصة حلت مسؤولية صاحب هذه المدرسة محل مسؤوليته " .

**المادة الرابعة :**

" لايجوز للدولة أو لصاحب المدرسة الخاصة الرجوع على المعلم بما دفعه من تعويض ما لم يثبت غش المعلم او خطئه الجسيم " .

ونرى أن هذه النصوص تحقق الموازنة العادلة بين هذه المسؤولية وما تمثله من عبء على عاتق المعلم الذي يحتاج في مزاولة مهنته التربوية إلى الطمأنينة وإلى عدم شغله بالتفكير في عواقب عمله حتى يقبل عليه بغير تردد وبين جبر الضرر الذي يحدثه التلميذ أو يحدث له . وهو ما يمثل إحدى بوادر التحول بالمسؤولية المدنية من

قاعدة جزاء لمحدث الضرر أو المسؤول عنه إلى قاعدة ضمان للمضرور [1] .

**الملاحظة الرابعة :**

نصت المادة (٢١٩-١) من القانون المدني العراقي على أنه "الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية والتجارية مسؤولون عن الضرر الذي يُحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم" .

وقد ذهب الفقه[2] والقضاء[3] العراقي إلى أن هذه المادة لم تضع قاعدة عامة تقرر مسؤولية أي متبوع عن الأفعال الضارة الصادرة من تابعه . فالمتبوع المنصوص عليه فيها قد حدد على سبيل الحصر بالحكومة والبلديات والمؤسسات التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل مؤسسة صناعية أو تجارية .

ونحن نرى ضرورة التوسع في تفسير نص المادة (٢١٩-١) مدني على نحو يقود إلى انعقاد المسؤولية المنصوص عليها فيها وذلك بقيام رابطة التبعية بين من يُراد الرجوع عليه بالتعويض وبين محدث الضرر . وفي نص المادة (٢١٩-١) مدني ما

(١) انظر : د . محمود التلتي . النظرية العامة اللالتزام بضمان سلامة الأشخاص . رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٨٨ ص٤٣ وما بعدها .

(٢) انظر : د . عبد المجيد الحكيم . المصدر السابق . ص٥٧٢ . د. غني حسون طه المصدر السابق. ص٥٠٠ . د . عادل الطائي . مسؤولية الدولة عن اخطاء موظفيها . رسالة ماجستير من جامعة بغداد ١٩٧٨ ص١٣٩ .

(٣) انظر : قرار محكمة التمييز رقم ٣٤٧ - منقول -٨٥ في ٧- ٦ - ١٩٨٦ المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز . قسم القانون المدني . ص٤٨١ .

يؤيد رأينا ووجه الدلالة من ذلك أن عبارة المشرع العراقي " . . . والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة " تفيد إباحة القياس على ما ورد فيها . كما أن بعض الفقه العراقي يرى -بحق- أن الفقرة الثانية من المادة (٢١٩) مدني قد جعلت النص لايتحدد بمن ذكرته الفقرة الأولى منها وإنما رتبت المسؤولية على أي متبوع وذلك بقولها "ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية" فكلمة المخدوم الواردة في هذا النص هي من العموم بحيث تتسع لكل شخص تربطه بمرتكب الفعل الضار رابطة التبعية(١) .

**الملاحظة الخامسة :**

ضيق القانون المدني العراقي في المادة (٢١٩-١) نطاق مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه وحصرها بالخطأ في أثناء الوظيفة ولم يشمل الخطأ بسبب الوظيفة . وكان يجب النص على ضمان المتبوع للأضرار التي يُحدثها تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابة تابعه مادام الضرر قد وقع بسبب الوظيفة أو في أثناءها .

من ناحية أخرى فإن اشتراط القانون المدني العراقي إثبات خطأ التابع لقيام مسؤولية المتبوع يثير تساؤلاً عن طبيعة هذه المسؤولية . وما إذا كانت هي من قبيل المسؤولية الأصلية أم أنها من قبيل المسؤولية التبعية ؟

(١) انظر : د . محمود سعد الدين الشريف . المصدر السابق . ص٤٢٦ .

يرى الدكتور إبراهيم طه الفياض أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه المنصوص عليها في المادة (٢١٩-١) مدني تُعد من قبيل المسؤولية الأصلية[١]. ويرجع ذلك في رأيه إلى أنه يمكن للمضرور أن يقيم الدعوى على المتبوع وليس بشرط لقبول هذه الدعوى من الناحية الشكلية أن يكون التابع مرتكب الخطأ ممثلاً فيها. ولا يتعارض هذا مع وجوب إثبات خطأ التابع بوصفه شرطا لقيام هذه المسؤولية وليس أساساً لها. والدليل على ذلك أن المتبوع لايستطيع ان يدفع مسؤوليته بوجوب الرجوع على التابع أو أن يطلب تجريد أمواله لاقتضاء التعويض اللازم كما هو الأمر في الكفالة حيث يستطيع الكفيل أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين الاصلي أولاً[٢].

ويضيف الدكتور الفياض بأنه إذا ما قيل أن مسؤولية المتبوع والتابع هي مسؤولية تضامنية فإن ذلك لايعني -على فرض صحته- أن المسؤولية التي تنظمها المادة (٢١٩) مدني هي من قبيل المسؤولية التبعية. لأن أياً من المسؤولين المتضامنين هو مسؤول أصيل ومباشر قبل المضرور أو المدين المتضامن معه أصلاً[٣]. كما أن إثبات الخطأ في جانب التابع يثبت المسؤولية في جانب المتبوع. أما انتفاء الخطأ أصلاً في جانب التابع فهو ينفي المسؤولية في جانب المتبوع. أما انتفاء المسؤولية لسبب يتعلق بشخص التابع مع بقاء العمل غير مشروع في حالة الأخذ بنظرية الأخطاء المرفقية أو في حالة إصابة التابع بعارض مانع من المسؤولية فإن ذلك لاينفي المسؤولية في جانب المتبوع مادامت

---

(١) انظر : د . إبراهيم طه الفياض . مسؤولية الادارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي. رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧٣ ص٢١٧ .

(٢) انظر : د . إبراهيم طه الفياض . المصدر السابق . ص٢١٨ .

(٣) انظر : د . إبراهيم طه الفياض . المصدر السابق الإشارة أعلاه .

الوظيفة هي السبب في وقوع الضرر . كما لاتنتفي المسؤولية عن المتبوع إذا تعذر تعيين التابع مرتكب الفعل الضار لأن السبب الحقيقي في تقرير هذه المسؤولية هو تشغيل الغير والإفادة من نشاطه لحساب شخص آخر . وأن انتفاء الخطأ يعني أن الفعل الذي ارتكبه التابع وأضر بالغير هو فعل مشروع ومعنى كونه فعلاً مشروعاً أنه غير مخالف للقانون أو أنه فعل مباح إما بسبب حالة الضرورة أو بسبب حالة الدفاع الشرعي أو بسبب كنه تنفيذاً لأمر صادر من رئيس تجب طاعته ومع ذلك فإن الأمر الرئاسي إن كان يؤدي إلى إعفاء التابع من المسؤولية فإنه لايعفي من أصدره منها [1] .

وعلى الرغم من وجاهة رأي الدكتور الفياض في هذه المسألة إلا أنه ليس في وسعنا تأييده وذلك لكونه يتعارض مع نصوص القانون المدني العراقي . فلو صح أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه طبقاً لنص المادة (٢١٩) مدني هي من قبيل المسؤولية الأصلية ففيم إذن اشتراط وقوع (تعد) من التابع ؟ ولو صح هذا الوصف أيضاً وتحققت هذه المسؤولية ووفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض لما جاز له أن يرجع على التابع . ولكننا سنرى على العكس من ذلك تماماً أن رجوع المتبوع على التابع هو أمر نصت عليه المادة(٢٢٠) مدني . ومن هذا كله يظهر أن رأي الدكتور الفياض لايستقيم مع أحكام هذه المسؤولية في القانون المدني العراقي بما تقتضيه من تعد من التابع وبما ترتبه في العلاقة بين المتبوع والتابع من حق الرجوع . وعليه لاتبدو لنا المسؤولية المقررة في المادة (٢١٩) مدني من قبيل المسؤولية الأصلية .

---

(١) انظر : د . إبراهيم طه الفياض . المصدر السابق . ص٢١٩ - ٢٢٠ .

**الملاحظة السادسة :**

نصت المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي على أنه "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه" وظاهر أن هذا النص لم يقيد رجوع المتبوع على تابعه في الحدود التي يكون فيها هذا الأخير مسؤولاً عن تعويض الضرر. وإنما اعترف للمتبوع بحقه في الرجوع على تابعه بكل ما دفعه عنه من تعويض للمضرور. وإذا كان القانون المدني العراقي قد توخى مصلحة المضرور وذلك بالنص على مسؤولية المتبوع طبقاً للمادة (٢١٩) فإنه قد أهمل تماما مصلحة التابع في المادة (٢٢٠) وجعله عُرضةً للمسألة عن أخطائه جميعها بغض النظر عن طبيعة هذه الأخطاء. مما يعني أن القانون المدني العراقي مازال بعيداً عن تطور الفكر القانوني الذي يميز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي. فعموم نص المادة (٢٢٠) مدني يؤكد أنه ليس ثمة أهمية للتمييز بين هذين الخطأين في القانون العراقي مادامت الحكومة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة المنصوص عليها في المادة (٢١٩) مدني تستطيع الرجوع على التابع (الموظف) بكل ما ضمنت. وما دامت المسؤولية عن الفعل غير المشروع للموظف تقتصر بحسب النص على الوظيفية الصِّرفة وهي المرتكبة في أثناء القيام بالخدمة. فرجوع المتبوع بما ضمن عن الأفعال المرتكبة في أثناء الخدمة يجعل من التمييز المذكور عديم الأهمية [1].

وفي ضوء ما تقدم نقترح أن ينص القانون المدني العراقي على أنه "ليس للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض ما لم يكن الضرر ناشئاً عن غش التابع أو

(١) انظر : د . ابراهيم طه الفياض . المصدر السابق . ص٣٥٧ .

خطأه الجسيم " ولايثنينا عن هذا الاقتراح أن الرأي السائد في الفقه والقضاء العراقي يعترف للمتبوع بحق الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور ذلك لان " القانون ليس فنا بحتا اذ لاسلطة له على ضمائرنا إلا إذا كان يبدو لنا وسيلة لتحقيق أهداف أخلاقية ولا قيمة له إذا انحرف عن تحقيق هذه الاهداف "[1].

**الملاحظات الخاصة بالمسؤولية عن الاشياء**

أفرد القانون المدني العراقي لأحكام المسؤولية عن الأشياء المواد (م٢٢١-م٢٣٢) توزعت على أربعة مواضيع هي مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يُحدثه فعل الحيوان (م٢٢١-م٢٢٦). ومسؤولية الشخص عما يُحدثه من ضرر في الطريق العام (م٢٢٧-م٢٢٨). ومسؤولية الشخص عن الضرر الذي يُحدثه البناء (م٢٢٩-م٢٣٠). ومسؤولية الشخص عن الضرر الناشئ عن الأشياء الحيَّة الأخرى (م٢٣١). ونُورد ملاحظاتنا على هذه النصوص على النحو الآتي :

**الملاحظة الاولى :**

نص القانون المدني العراقي على أحكام جناية الحيوان ضارباً الأمثلة في تنظيم هذه الأحكام. مقتبساً الأحكام المذكورة من فقه الشريعة الإسلامية. وقد جاءت معظم هذه الأحكام بعيدة عن روح العصر من الناحيتين الشكلية والموضوعية. كما أن القانون المدني العراقي اهتم بتنظيم الجزئيات ولم يُقرر قاعدة عامة في مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يُحدثه فعل الحيوان. ولاشك أنه يجب حذف الأحكام

---

(١) انظر : د . محمد نصر رفاعي . الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر . دار النهضة العربية . القاهرة ص٢٢٣- ٢٢٤ .

المذكورة والاستغناء عنها بقاعدة عامة يكون فيها حائز الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسؤولاً عما يُحدثه من ضرر بالغير . كما يجب النص على أن تكون الدولة مسؤولة عما تُحدثه الحيوانات الطليقة في المدن . وأساس ذلك أن الدولة هي المسؤولة عن الأمن العام والسكينة العامة ومن ثم فإنه ليس ثمة ما يحول دون انعقاد مسؤوليتها عن الحيوانات الطليقة إلا إذا ثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي .

**الملاحظة الثانية :**

اقتبس القانون المدني العراقي أحكام مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يُحدث في الطريق العام من فقه الشريعة الإسلامية . وقد سلك في هذا النوع من المسؤولية مسلكاً منتقداً حيث ضرب الأمثلة واهتم بالجزئيات ولم ينص على قاعدة عامة في هذا الموضوع . ويكفي للتدليل على ذلك ملاحظة ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٧) التي تنص على أنه " فلو يسقط عن ظهر الحمال حمل كان يمكن التحرز عن سقوطه فأضر بالغير كان الحمال ضامناً . وإذا أحرقت الشرارة التي طارت من دكان الحداد عند ضربه الحديد ثياب شخص كان ماراً في الطريق وكان يمكن التحرز عن ذلك ضَمن الحداد ثياب ذلك المار " .

وكذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٢٨) مدني التي تنص على أنه " فلو وضع شخص في الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان أو إنسان فأصابه ضرر وجب الضمان . كذلك يجب الضمان إذا صب شخص في الطريق العام شيئاً يزلق به ، وزلق به إنسان أو حيوان " .

والحق أن إمعان النظر في هاتين الفقرتين يكشف عن أن المسؤولية الناشئة عن الضرر الذي يُحدث في الطريق العام لاتمت بصلة إلى المسؤولية عن الأشياء وإنما تندرج تحت طائلة المسؤولية عن الأعمال الشخصية .

## الملاحظة الثالثة :

أقام القانون المدني العراقي المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة في المادة (٢٣١) على أساس الخطأ المفترض فرضاً بسيطاً ومن ثم يستطيع المسؤول عن الضرر أن يخلص من هذه المسؤولية وذلك بإثبات أنه اتخذ الحيطة الكافية وبذل العناية اللازمة لمنع وقوع الضرر . فينفي بهذا الخطأ المفترض في جانبه . أو بإثبات السبب الأجنبي فينفي بهذا علاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الذي صاب المضرور .

ولانغلو إذا ما قلنا أن القانون المدني العراقي في موقفه المتساهل حيِّال هذه المسؤولية يعد في مُؤخرة التشريعات العربية والأجنبية من هذه الناحية . وخليق بالمشرع العراقي أن يعيد النظر في الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وذلك بأن يُقيمها على أساس تحمل التبعة . بحيث لايجوز للمسؤول أن يخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي وفي الحدود التي يرسمها القانون .

وأخيرا فإن هذه الملاحظات المتعلقة بنصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي كانت خلاصة جُهدي . وهو جهد إنسان مقل في بحر لاقرار له .

ولست أدعي أن الملاحظات المذكورة لم يسبقني إليها أحد فقد أشار إلى بعض منها عدد من فقهاء القانون المدني العراقي ولكن ليست بالصورة التي عرضتها .

وأرجو أن أكون قد وُفّقت ولو بقدرٍ يسير في عرض هذه الملاحظات فإن أصبت فبتوفيق من الله جل شأنه وإن أخطات فمن عند نفسي .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ،،،

# مصادر البحث

## اولا : المصادر العربية:

### الكتب الشرعية :

١ - ابن حزم، المحلى، الجزء العاشر، منشورات المكتب التجاري، بيروت (بلا سنة طبع).

٢ - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الجزء الثاني، شركة الطباعة العربية السعودية، ١٩٨٤ .

٣- البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثالث، دار القلم بيروت (بلا تاريخ طبع).

٤ - الشافعي، أحكام القرآن، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت١٩٨٠ .

٥ - د. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين بيروت.

٦ - العسقلاني، فتح الباري، الجزء الثاني عشر، دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٨٩ .

٧- القرطبي، الجامع لأحكام القران، الجزءالثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٩٦٥ .

### الكتب والأبحاث القانونية :

١ - د. إبراهيم طه الفياض، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها في العراق مع الإشارة للقانونين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة. ١٩٧٣ .

٢ - د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، ١٩٥٠ .

٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد ١٩٩١ .
٤- د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، بغداد ١٩٧٠ .
٥- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزام، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد ١٩٦٨ .
٦- د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والقانون العراقي، مجلة القضاء العراقية، العدد الثاني لسنة ١٩٦٤ .
٧- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مطبعة نديم. الطبعة الخامسة، بغداد (بلا تاريخ طبع) .
٨- د. عادل الطائي، مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها، رسالة ماجستير من جامعة بغداد، ١٩٧٨ .
٩- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧١ .
١٠- د. فخري رشيد المهنا، أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز، رسالة ماجستير من جامعة بغداد ١٩٧٤ .
١١- فريد فتيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٧٤ .
١٢- د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة (بلا تاريخ طبع) .
١٣- د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد ١٩٥٥ .
١٤- د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الاشخاص، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٨٨ .

## ثانيا :المصادر الفرنسية:

1- Mazeaud et Tunc , traite theorique et pratique de la responsabilite civil , tome premier , sixime editions , 1965 .
2- Savatier , traite de la responsabilite civil en droit francais , tome 1, deuxieme editions , 1951 .
3- Larroumet , responsabilite de fait d autrui , ency dalloz V , responsabilite du fait d autrui .
4- Perreau , la du 5 avril 1937 et la responsabilite civil de members de l enseignement rublic , revue trimestrielle de droit civil 1938 .



# السياسة الجنائية في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في ضوء أحكام القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال - دراسة مقارنة

إعـــداد

الدكتورة / فتيحة محمد قوراري *

**ملخص البحث :**

لقد أصبح تجريم وملاحقة نشاط غسل الأموال ذات المصدر غير المشروع ضرورة ملحة نظراً للآثار الوخيمة لهذا النشاط على المستويين الوطني والدولي وهو أمر تدعو الحاجة إلى بيان مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في التشريع الجنائي الوطني من حيث ماهية التدابير الوقائية والتجريم الاحتياطي للأفعال المسهلة لعملية غسيل الأموال وتحديد الطبيعة القانونية لها، كما توضح الدراسة طبيعة هذه العلميات غير الشرعية في التشريع الجنائي الدولي من خلال النصوص القانونية الدولية لمكافحة غسل الأموال ، ولابد أن تعتري هذه القوانين مجموعة من العوائق تكافح هذه التشريعات ومنها قصور قواعد الاختصاص الجنائي الدولي والتنازع الإيجابي في الاختصاص بين المحاكم لملاحقة هذا النشاط والامتداد الاقليمي لهذه الجرائم وكذلك معوقات أخرى تتعلق بإثبات الجرائم الأولية كجريمة الاتجار في المخدارات أمام سلطات الدولة التي يتم فيها نشاط غسل متحصلات هذه الجريمة .

* أستاذ القانون الجنائي المساعد- جامعة الشارقة - كلية القانون .



**مقدمة:**

كانت الجريمة حتى نهاية النصف الأول من القرن العشرين " جريمة فردية " في الغالب وتتسم بالطابع المحلي أي لا تتجاوز الحدود السياسية للدولة . أما الآن فقد أصبحت "الجريمة المنظمة" عبر الحدود الوطنية وذات الطابع الاقتصادي والعالمي سمة من سمات العصر، وعنصراً من عناصر الدمار والتخريب الاقتصادي بعد أن تمكنت هذه الجريمة من اختراق المؤسسات المالية والاقتصادية بقدراتها ومكتسباتها غير المشروعة[1] .

وتعتبر ظاهرة غسيل الأموال[2] من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة، وتتصل بالجريمة المنظمة وعلى وجه الخصوص بجريمة المخدرات، وجرائم الإرهاب، وتهريب الأسلحة والرقيق الأبيض وغيرها . وتثير العائدات المالية الضخمة المستمدة من هذه الأنشطة تساؤلات وشكوك لدى أجهزة الرقابة المالية والجهات القانونية، وقد دفع ذلك بالجهات المسئولة عن هذه النشاطات غير المشروعة إلى السعي لإضفاء الصبغة القانونية على إيراداتها وعوائدها، وذلك من خلال تحريكها عبر قنوات شرعية لغرض طمس وإخفاء مصدرها الحقيقي . ومن ثم فان مصطلح غسيل

---

(١) د. عبد الرحيم صدقي : غسيل الأموال جريمة دولية، مجلة الشرطي، العدد السابع، السنة الرابعة عشرة، أكتوبر ٢٠٠١م .

(٢) غسيل الأموال مصطلح حديث نسبيا، وقد بدأ استخدام هذا المصطلح في الولايات المتحدة الأمريكية نسبة إلى مؤسسات الغسل التي تمتلكها المافيا، وهي مؤسسات نقدية كان يتاح فيها مزج الإيرادات غير المشروعة بالإيرادات المشروعة إلى حد تظهر معه أن كافة الإيرادات متحصلة من مصدر مشروع . لمزيد من التفصيل انظر د . إبراهيم عيد نايل : المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال، دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص ٥ .

الأموال يعني "أية عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي تحصلت منه هذه الأموال "(1). فجوهر عملية غسيل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن أنشطة إجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع، أي جعلها تبدو وكأنها قد نتجت عن منشأ مشروع وقانوني.

وتندرج ظاهرة غسيل الأموال واستخدام عائدات الجرائم ضمن الظواهر التي أقلقت العالم في الآونة الأخيرة باعتبارها جريمة دولية تفشت في عصر العولمة وهي من أخطر الجرائم التي تهدد الأمن العالمي فضلا على انعكاساتها الاقتصادية المدمرة. فقد قدر صندوق النقد الدولي كمية الأموال المغسولة سنويا بنسبة تتراوح بين ٢ و ٥٪ من إجمالي الناتج المحلي على مستوى العالم. كما يقدر الخبراء نشاط الاتجار في المخدرات بما قيمته ٤٠٠ مليار دولار، وتقدره الأمم المتحدة بما لا يقل عن ٩٪ من حجم التجارة الدولية. ويكشف هذا الجانب مدى تمتع المنظمات الإجرامية بالقوة المالية إلى حد تستطيع معه استخدام ثرواتها الواسعة لتقويض أركان الحكومات والمؤسسات التجارية.

ومن هذا المنطلق سارع معظم المشرعين في دول أوربا والولايات المتحدة الأمريكية إلى إصدار تشريعات خاصة لمكافحة ظاهرة غسيل الأموال وتجريم مختلف صوره. ومع ذلك لا تزال أغلب التشريعات الجنائية الوطنية عاجزة عن ملاحقة هذا النشاط لعدم صدور تشريع عقابي خاص يحضر هذا النشاط ويعاقب عليه. ومما يزيد من تعقيد هذه المسالة صعوبة تصنيف هذا النشاط ضمن الأوصاف الجنائية التقليدية

(١) JEAN FRANCOIS THONY ET JEAN PAUL LABORDE: Criminalite organisee et blanchiment, revue internationale de droit penal, vol 68. P 411.

مثل اعتباره صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية، أو أحد صور إخفاء الأشياء ذات المصدر غير المشروع. كما يعزى إفلات هذا النشاط من الملاحقة والعقاب إلى غياب آليات القانون الجنائي الدولي، فالدولة التي يتم إيداع الأموال المتحصلة من جريمة لدى مصرف يعمل على إقليمها قد لا يمنحها نظام الاختصاص سلطة ملاحقة هذه الأموال، لان الجريمة التي تحصلت منها وقعت خارج إقليمها. ويشكل هذا الوضع حافزا يدفع المنظمات الإجرامية إلى الاستمرار في هذه النشاط الإجرامي[1].

ولذلك كله يتعين أن تسارع كافة الدول ولغرض تطويق هذه الظاهرة الخطيرة والقضاء عليها إلى تجريم نشاط غسيل الأموال بوصفه جريمة مستقلة، يكفي وقوعها على إقليم الدولة لانعقاد الاختصاص لمحاكمها لنظر هذه الجريمة ومعاقبة مرتكبيها. وفي هذا الإطار يندرج حرص المشرع الإماراتي على تجريم هذا السلوك والمعاقبة عليه بمقتضى القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال[2].

ولا يمكن للتشريع الوطني منفردا مكافحة هذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة بفاعلية دون تعاون دولي فعال بين الدولة التي ارتكبت على إقليمها الجريمة التي تحصلت منها الأموال القذرة، والدولة التي وقعت فيها جريمة الغسيل. ويجب أن يمتد هذا التعاون إلى تقديم الدول لبعضها البعض أكبر قدر من المساعدة المتبادلة في التحقيقات والإجراءات القضائية.

---

(١) د. سليمان عبد المنعم: في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، تموز ١٩٩٨، ص ٨٤و ٨٥.

(٢) صدر هذا القانون بتاريخ ٢٢/ ١/ ٢٠٠٢م.

بناءً على ما تقدم فإننا سوف نتناول بالدراسة مكافحة ظاهرة غسل الأموال في ضوء التشريع الإماراتي مقارنا بتشريعات أخرى، وذلك من خلال خطة ثنائية نخصص الفصل الأول منها لدراسة مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في التشريع الجنائي الوطني، أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لمكافحة غسيل الأموال في التشريع الجنائي الدولي. ونختم هذه الدراسة بعرض النتائج التي تم التوصل إليها.

## الفصل الأول
## مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في التشريع الجنائي الوطني

يجب ألا تحول حداثة ظاهرة غسيل الأموال دون اهتمام المشرع الوطني بمكافحتها، ولما كانت هذه الظاهرة تمثل نموذجاً جديداً من الأنشطة الإجرامية المنظمة فإن تحديد طبيعتها القانونية قد تعتريه صعوبات، خاصة في ظل وجود أوصاف جنائية تقليدية قد لا تتسع لها، مما يستدعي تدخل المشرع الجنائي لإسباغ وصف جنائي خاص عليها. وتجدر الإشارة هنا إلى أن مكافحة التشريع الوطني لهذه الظاهرة وما يترتب عليها من أضرار خطيرة يتم على مستويين: الأول يتمثل في التجريم الاحتياطي للأفعال التي تسهل غسل الأموال وأما الثاني فيكمن في تجريم عملية غسل الأموال ذاتها.

# المبحث الأول
## التدابير الوقائية والتجريم الاحتياطي للأفعال المسهلة لعملية غسيل الأموال

على الرغم من أهمية السلاح الجنائي بوظيفته الرادعة في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال وذلك بتجريم عملية غسل الأموال ذاتها، فإنه يتعين إيلاء ذات الأهمية للتدابير الوقائية Les mesures de prevention وذلك من خلال ملاحقة بعض الأفعال التي تمهد لغسل الأموال بل وتيسره، وهذا في الحقيقة تجريم ذو هدف وقائي[1]. فلا شك في أن النظم المصرفية المتساهلة وحرية حركة رؤوس الأموال عبر المؤسسات المالية الأخرى وكذلك المنشآت الاقتصادية والتجارية من شأنها تهيئة المناخ اللازم لعمليات غسل الأموال غير النظيفة. لذلك ينبغي سد هذه المنافذ والثغرات التي قد تتسلل من خلالها الأموال والعائدات غير النظيفة وذلك من خلال مجموعة من التدابير نستعرضها في المطالب التالية : -

(١) د. سليمان عبد المنعم : مسئولية المصرف الجنائي عن الأموال غير النظيفة ظاهرة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ١٩٩٩ ص ٢٣.

# المطلب الأول

## التدابير الوقائية(١)

## Les mesures de prevention

إن التدابير الموجهة لمنع غسل الأموال ترتكز أساسًا على التحقق من شخصية العملاء، وتحديد قيمة التحويلات المالية المسموح بها والتي تشكل ذراع غسل الأموال.

فقد أرست معظم التشريعات التزام التحقق من العملاء وذلك بفرض واجب اليقظة Devoir de vigilance على المهنيين العاملين في القطاع المصرفي والمؤسسات المالية مثل محلات الصرافة وكذلك القطاعات الاقتصادية والتجارية الأخرى مثل شركات التأمين، والمؤسسات العقارية ويندرج ضمنها أيضا موثقي العقود، وكذلك الشركات الاستثمارية، وبائعي التحف والأشياء الثمينة وغيرها، فيتعين على هذه الجهات التي تشكل مجالا خصبا لحركة رؤوس الأموال حفظ المستندات المتعلقة بالعمليات والصفقات التي تبرمها مع التركيز على شخصية العملاء، فمن شأن ذلك تسهيل إجراءات التحقيق عند الاقتضاء(٢).

(١) JACQUELINE RIFFAULT: Le blanchiment des capitaux illicites, le blanchiment de capitaux en droit compare, revue de sciences criminelles et de droit penal compare, NO 2, avril-juin1999, p234.

(٢) STEFANO MANACORDA: La reglementation du blanchiment de capitaux en droit international: Les coordonnees du systeme, Revue de sciences criminelles, no 2, avril-juin 1999, p 256.

وفي سياق إرساء التدابير الوقائية التي تهدف إلى منع غسل الأموال عمدت بعض الدول إلى تحديد قيمة التحويلات النقدية وإخضاع بعض عمليات نقل رؤوس الأموال لمبدأ التبليغ الإلزامي une declaration obligatoire،[1] وذلك بهدف التحقق من مصدر الأموال، والجهات التي تجري هذه العمليات بما يمكن من إتمامها في شفافية، وهذا كله يصب في الجهود الرامية إلى مواجهة ظاهرة غسل الأموال في المهد. وفي هذا الشأن ينص القانون الإماراتي في شأن تجريم غسل الأموال في المادة (٦) منه على أن المصرف المركزي يحدد الحد الأعلى للمبالغ التي يسمح بإدخالها إلى الدولة نقدا دون الحاجة إلى الإفصاح عنها، وما زاد عنها يخضع لنظام الإفصاح الذي يضعه المصرف المركزي وفق تقديره.

## المطلب الثاني
## تدابير التحري والكشف
## Les mesures de detecti

إن العمليات المتعلقة بغسل الأموال تمر عبر قنوات تخرج عن مجال المراقبة الطبيعية للأجهزة العقابية، لذلك أصبح التحري عن العمليات المالية غير المشروعة يبدو صعباً[2]. وعليه فإن التحري عن عمليات غسل الأموال يتطلب بالضرورة قيام

(١) JEAN THONY et JEAN PAUL LABORDE: op cit, p 423

(٢) فقد أوضح PIERRE KOPP أن إحدى مشاكل مكافحة غسل الأموال تتمثل في عدم تبادل المعلومات بشكل كافي بين الأجهزة المعنية بمكافحة تبييض الأموال وبين القطاع المالي الوحيد المالك للمعلومات المتعلقة بالعمليات غير المشروعة. انظر في هذا الشأن:
P. KOPP: L economie de blanchiment, Association d economie financiere, 1995.

تعاون فعال وتبادل للمعلومات بين القطاع المالي، الاقتصادي والتجاري وبين أجهزة الملاحقة والعقاب. ولهذا الغرض أرست أغلب التشريعات "نظام الإبلاغ" systeme de declaration[1] الذي يلزم المهني العامل في القطاعات المالية والاقتصادية والتجارية بإبلاغ السلطات التي يحددها القانون عن العمليات المشبوهة التي تتصل بعلمه. فهذا النظام يجعل من هذا المهني مصفاة تنخل العمليات الاقتصادية المبررة وتفرز تلك الصفقات التي تتصل بالمنظمات الإجرامية. فالمصرفي والموظف في القطاعات المالية الأخرى وغيرها من المجالات الاقتصادية والتجارية لديه دراية كافية بعملائه وبالأوساط الاقتصادية والمالية، الأمر الذي يجعله يتمتع بوسائل التحري الكافية التي تتجاوز المعايير الشكلية التي تميز العملية المشبوهة.

وفي هذا الشأن عمدت بعض الدول إلى وضع أنظمة جزائية هدفها تأمين تطبيق التدابير الوقائية وتدابير الكشف والتحري المتعلقة بغسل الأموال. ومن ذلك ما نص عليه القانون الإماراتي في المادة (٧) منه على إنشاء وحدة معلومات مالية في المصرف المركزي لمواجهة غسل الأموال والحالات المشبوهة ترسل لها تقارير المعاملات المشبوهة من جميع المنشآت المالية والمنشآت التجارية والاقتصادية ذات الصلة، وتقوم هذه الوحدة بوضع المعلومات المتوافرة لديها تحت تصرف جهات تطبيق القانون تسهيلا للتحقيقات التي تقوم بها. كما نصت المادة (١٥) من ذات القانون على جريمة امتناع مديري وموظفي المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية عن إبلاغ الوحدة عن العمليات المشبوهة التي تقع في منشأتهم وتتصل بجريمة غسل

---

(١) J.F. THONY: Les mecanismes de traitement de l information financiere en matiere de blanchiment, Revue de droit penal et de criminologie, no 11, 1999.

الأموال، وقضت بمعاقبتهم بالحبس أو بالغرامة التي تتراوح بين (١٠.٠٠٠) عشرة آلاف درهم و (١٠٠.٠٠٠) مائة ألف درهم.

ويستفاد من هذين النصين أن إرادة المشرع الإماراتي اتجهت إلى إلزام مدراء وموظفي المنشآت المالية والتجارية والاقتصادية بواجب اليقظة وإخطار الوحدة المختصة في المصرف المركزي عن الأموال والتحويلات التي قد تبدو متحصلة عن طريق غير مشروع. وفي حالة الامتناع عن الإبلاغ عن عمد عن العمليات المشبوهة يسأل المسئول عن هذا الإخلال جنائيا وتصل العقوبة إلى الحبس والغرامة التي تبلغ ١٠٠.٠٠٠ درهم أو إحدى هاتين العقوبتين.

ولقد وفق المشرع الإماراتي عندما وضع الالتزام بالإخطار عن العمليات المشبوهة على عاتق كل شخص يعمل في منشأة مالية أو اقتصادية أو تجارية يعلم بها من خلال ممارسته لأعماله دون ربط هذا الالتزام بأشخاص يمارسون مهنا محددة في مجالات معينة، فهذه الصياغة العامة (مالية، اقتصادية وتجارية) تشمل كافة المجالات التي قد يتم فيها تدوير الأموال غير المشروعة[1].

(١) صدر في فرنسا في ١٢/ ٧/ ١٩٩٠ قانون أنشئ بموجبه جهاز يعرف باسم Tracfin يقوم بجمع المعلومات عن العمليات المالية المشبوهة، ونصت المادة (١) من هذا القانون على التزام المؤسسات المالية وشركات التأمين بالإبلاغ عن العمليات التي تحيط بها الشكوك. ثم عدلت هذه المادة بمقتضى القانون الصادر في ٢/ ٧/ ١٩٩٨ حيث امتد هذا الالتزام ليشمل العاملين في المؤسسات الاستثمارية ومحلات الصرافة والوسطاء العقاريين، ولذلك تبدو مزية عدم ربط الالتزام بالإخطار عن العمليات المشبوهة بمهن أو مجالات محددة.

إلا أننا نؤاخذ مشرعنا في هذا الخصوص على عدم تجريمه لإخلال الموظفين العاملين في المنشآت المالية والاقتصادية والتجارية الغير العمدي بواجب اليقظة والمراقبة ، لأن من شأن هذا التجريم أن يدفع بهؤلاء الأشخاص إلى بذل العناية اللازمة للتحري والتحقق عن مصدر الأموال المتداولة والاستخدامات الموجهة إليها ومن شأن ذلك تيسير كشف مصدرها[1] ، كما أن من شأن ذلك الحيلولة دون التستر العمد وراء الخطأ لغرض الإفلات من العقاب .

وتماشياً مع نهج التجريم الاحتياطي لبعض الأنشطة المتصلة بغسل الأموال نصت المادة (١٦) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ على تجريم إخطار أي شخص عن إجراءات المراجعة والتحري المتعلقة بقيامه بعمليات مشبوهة ، وتتمثل عقوبة هذه الجريمة في الحبس الذي لا يزيد عن سنة أو الغرامة التي لا تتجاوز (٥٠.٠٠٠) خمسين ألف درهم ولا تقل عن (٥.٠٠٠) خمسة آلاف درهم أو العقوبتين معا . وقد أدرك المشرع الإماراتي أنه سوف يحدث تعارض بين الالتزام المفروض على المؤسسات المالية والاقتصادية والتجارية بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة وبين جريمة إفشاء الأسرار المنصوص عليها في المادة (٣٧٩) عقوبات اتحادي فجعل من الوفاء بهذا الالتزام سبباً للإباحة بنص خاص هو نص المادة (٢٠) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ ، كما أنه لا تقام كذلك أية دعوى مدنية ولا يوقع أي جزاء تأديبي على المؤسسات المذكورة والعاملين فيها إذا قاموا بحسن نية

---

(١) نص القانون الإنجليزي على معاقبة الوسطاء الماليين عن إخلالهم بالتزامات المراقبة والتحقق بالحبس لمدة سنتين .

بالوفاء بالإخطار المذكور[1].

ويستوقفنا في هذا الخصوص إمكانية حدوث ضرر يلحق بأطراف العملية موضوع التبليغ و بالغير كنتيجة مباشرة لوفاء المؤسسات المالية والاقتصادية والتجارية بالالتزام بالإخطار بحسن نية، فمن يتحمل إصلاح هذا الضرر؟ أغفل المشرع الاتحادي هذه المسألة إلا أننا نرى وجوب رجوع المتضرر على الدولة وليس على الجهة التي نفذت الالتزام القانوني بالأخطار، فالدولة هي التي تتحمل تعويض هذا الضرر وإصلاحه.

وتجدر الإشارة هنا إلى تناغم القانون الإماراتي المذكور بشأن التجريم الاحتياطي مع التشريعات المقارنة الصادرة في هذا الخصوص. فقد نص القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩٠ بشأن إنشاء جهاز Tracfin والمعدل بقانون ٢/ ٧/ ١٩٩٨، في المادة (١) على التزام المؤسسات المالية، وشركات التأمين، والمؤسسات الاستثمارية ومحلات الصرافة والوسطاء العقاريين بواجب اليقظة والإبلاغ عن العمليات المشبوهة. كما عاقب القانون على القيام بإفشاء هذا الإخطار إلى مالك الأموال أو الذي أجرى العمليات المشبوهة وذلك بغرامة تتراوح بين **١٥.٠٠٠ و ١٥٠.٠٠٠**فرنك فرنسي. وجعلت المادة (٨) من القانون المذكور قيام الجهات المعنية

---

(١) تنص المادة (٢٠) من القانون الإماراتي المشار إليه على أنه "تعفى المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية وأعضاء مجالس إدارتها وموظفوها وممثلوها المرخص لهم قانونا من المسئولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية التي يمكن أن تترتب عن تقديم المعلومات المطلوبة أو عن الخروج على أي قيد مفروض لضمان سرية المعلومات بنص تشريعي أو عقدي أو نظامي أو إداري وذلك ما لم يثبت أن الإبلاغ قد تم بسوء نية بقصد الإضرار بصاحب المعاملة".

الجهات المعنية بالإخطار عن العمليات المشبوهة سببا لإباحة إفشاء سر المهنة يترتب عليه انتفاء الدعوى الجنائية والمدنية والتأديبية المتعلقة بذلك الإفشاء [١].

ونفس السبيل سلكه أيضا المشرع الإنجليزي ، فقد نص على الالتزام بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة وجعل هذا الالتزام على عاتق أي شخص يعلم بذلك خلال ممارسته لمهامه ولم يربط ذلك بمهنة معينة . وفي حالة الامتناع عن الإخطار توقع على الممتنع عقوبة الحبس لمدة خمس سنوات . وتوقع ذات العقوبة على من يقوم بإبلاغ صاحب المصلحة عن التحقيق والتحري الذي يتم بشأن العمليات المشبوهة المتعلقة به [٢].

نخلص إلى حرص المشرع الإماراتي على الأخذ بالتجريم الاحتياطي لبعض الأنشطة الممهدة لغسل الأموال وملاحقة الأفعال التي تجعل من غسيل الأموال أمرا ممكنا ، فهو تجريم وقائي له أهمية بالغة في الحد من ظاهرة غسيل الأموال .

(١) JACQUELINE RIFFAULT: op cit, p234 ct 235 .

(٢) JACQUELINE RIFFAULT: op cit, p 234 et 235.

# المبحث الثاني
# تجريم غسيل الأموال وتحديد طبيعته القانونية

إن ظاهرة غسيل الأموال تمثل شكلا جديدا من أشكال الأنشطة الإجرامية المنظمة. وباعتبارها ظاهرة جديدة فقد يصعب تحديد طبيعتها القانونية. . وقد وجدت في هذا الخصوص محاولات اتجه البعض فيها إلى محاولة تطويع مفاهيم الأوصاف الجنائية التقليدية لاستيعاب هذا النشاط الإجرامي الجديد، بينما رأى البعض الأخر ضرورة التدخل التشريعي لإسباغ وصف جنائي خاص عليه.

## المطلب الأول
## غسل الأموال بين المساهمة الجنائية وجريمة الإخفاء

يتعين على القاضي الجنائي وهو بصدد تطبيق النصوص الجنائية على واقعة معينة أن يعمل على بيان التكييف القانوني لهذه الواقعة، ويتم ذلك بإظهار عناصر الفعل الإجرامي وبيان النص القانوني الذي ينطبق عليه. فمضمون التكييف القانوني هو المطابقة، وهذه المطابقة هي حكم على فعل واقعي صدر عن الجاني بأنه يطابق ذلك الفعل النموذجي الذي تصفه القاعدة الجنائية المجرمة وصفا مجرداً[1]. ولذلك يجب على القاضي الجنائي أن يقوم بتفسير النصوص العقابية تفسيرا دقيقا للتوصل إلى

(١) د. عبد الفتاح الصيفي: المطابقة في مجال التجريم، محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٥ - ود. عبد الأحد جمال الدين: النظرية العامة للجريمة ١٩٩٦، ص ٢٨٦.

النص الذي ينطبق على الواقعة الإجرامية موضوع البحث، فالصلة تبدو وثيقة بين حل مشكلة التكييف القانوني وتفسير النصوص العقابية[1].

ويترتب على ذلك أن البحث عن وصف قانوني تندرج تحته ظاهرة غسل الأموال يتطلب تفسير النصوص العقابية المتصلة بها، ولا تخرج هذه النصوص عن تلك المتعلقة بالمساهمة الجنائية وتلك الخاصة بإخفاء الأشياء المتحصلة من مصدر غير مشروع.

## الفرع الأول
## غسيل الأموال والمساهمة الجنائية[2]

يتعين الإشارة ابتداء إلى أن المشكلة لا تثور عندما يكون الغاسل للأموال هو ذاته الشخص الذي ارتكب الجريمة الأصلية التي تحصل منها المال المغسول، كما لو قام بشراء عقار بالمال المتحصل من نشاط غير مشروع، ففي هذا الفرض يعاقب الجاني على ما ارتكبه من نشاط إجرامي اصلي وفقا للنصوص المتعلقة بهذا النشاط، ويحكم وجوبا بمصادرة الأموال المتحصلة منه كعقوبة تكميلية.

وعليه فإن المشكلة تثور إذا كان الغاسل من غير المساهمين في الجريمة التي تحصل منها المال المغسول، فهل تتوافر في الغاسل صفة المساهم في الجريمة الأصلية؟ يتمثل

---

(١) د. أمال عبد الرحيم عثمان : النموذج القانوني للجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ١٩٧٢، العدد الأول، ص ٢٨٦.

(٢) د. إبراهيم عيد نايل : المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها - ود. عبد المنعم سليمان : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ٨٧ وما بعدها.

نشاط الغاسل في مجرد غسل أموال تحصلت من الجريمة دون أن يقوم بأي دور في تنفيذها، لذلك لا يعد مساهما أصليا فيها . فهل يعد نشاط الغاسل من قبيل المساهمة الجنائية التبعية، أي اعتباره شريكا في الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال المغسولة؟

إن المساهمة الجنائية التبعية هي نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته بعلاقة سببية دون أن يتضمن تنفيذا للجريمة أو القيام بدور رئيسي في تنفيذها . فالمساهمة التبعية تفترض نشاطا لا يجرمه القانون لذاته، ولولا صلته بالفعل الإجرامي الذي يرتكبه الغير لما وقع من اجله عقاب[1]، وتنحصر وسائل النشاط الإجرامي في المساهمة التبعية في : التحريض، الاتفاق والمساعدة .

والغالب أن تتمثل مساهمة الغاسل في سلوك المساعدة التي تشمل الأعمال المسهلة أو المتممة لارتكاب الجريمة، فالمنشأة المالية كالمصرف - على سبيل المثال - يمد عميله واقعيا بالوسيلة التي تضمن له قطف ثمار مشروعه الإجرامي والتي لولاها ما اقدم هذا العميل على ارتكاب جريمته أو على الأقل لتردد بين الإقدام عليها والإحجام عنها . فضلا على ذلك فإن نظرية المساهمة الجنائية يمكن تطبيقها بالنسبة لكافة الجرائم بما في ذلك التي تقع بالمخالفة للقوانين الجنائية الخاصة .

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. فتيحة محمد قوراري : المساهمة التبعية في قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية ٢٠٠٠م .

ومن ثم يمكن تصور المنشآت المالية وغير المالية شريك في إحدى جرائم المخدرات، أو القرصنة والإرهاب أو النقد متى ثبت تواطؤها أو مساعدتها لفاعلي الجريمة الأصلية في إضفاء الصفة المشروعة على الأموال المتحصلة من هذه الجرائم، وذلك عن طريق القيام بإحدى عمليات غسل الأموال[1] . ويشترط للأخذ بهذا الوصف توافر علم المنشآت المذكورة سلفا بالجريمة التي تحصلت منها الأموال موضوع التعامل أو كانت العملية التي تمت على هذه الأموال مثيرة للشكوك على نحو جلي .

وعلى الرغم من هذه المحاولة فانه يبدو قصور وصف المساهمة الجنائية على استيعاب ظاهرة غسل الأموال وذلك للأسباب آلاتية : -

أولا : - إن الجهة التي تقوم بنشاط غسل الأموال تقوم به بعد وقوع الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال المغسولة، في حين يتعين لتجريم فعل المساهمة التبعية أن يكون سابقا أو على الأقل معاصرا لارتكاب الجريمة الأصلية، أما أفعال الاشتراك اللاحقة فلا عقاب عليها. وإذا كان نشاط غسل الأموال يأتي في مرحلة لاحقة لوقوع الجريمة الأصلية، فان ذلك يقطع علاقة السببية بين نشاط الغاسل والجريمة الأصلية. ولما كانت رابطة السببية تمثل أحد عناصر الركن المادي للمساهمة التبعية، فان انعدامها يعدم المساهمة التبعية فلا يعاقب الشريك .

---

(١) د. عبد المنعم سليمان : مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ص ٤٣ وما بعدها - ود. جلال وفاء محمدين : دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٤٠ وما بعدها .

ثانيا : - إن اعتبار نشاط غسل الأموال صورة للمساهمة الجنائية التبعية يترتب عليه نتائج خطيرة تتمثل فيما يلي : -

١- يلزم لقيام المساهمة التبعية خضوع نشاط المساهم الأصلي لنص تجريم واكتسابه تبعا لذلك الصفة غير المشروعة، وامتداد هذه الصفة إلى نشاط المساهم التبعي. فإذا زالت الصفة غير المشروعة عن الجريمة الأصلية كما لو توافر سبب إباحة مثلا، فان المساهمة التبعية تفقد المصدر الذي تستمد منه صفتها غير المشروعة فينعدم وجودها قانونا. ويترتب على ذلك إفلات الغاسل من المسئولية الجنائية بوصفه شريكا في الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال المغسولة إذا امتنع عقاب فاعلها لتوافر سبب من أسباب الإباحة.

٢- إن العفو الشامل يمحو الصفة الجنائية عن الفعل ومن ثم يمتد أثره إلى المساهمة التبعية حيث تفقد المصدر الذي تستمد منه صفتها غير المشروعة. ولذلك يتصور إفلات الغاسل من المسئولية والعقاب إذا صدر عفو شامل استفاد منه فاعل الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال المغسولة.

٣- إن انقضاء مدة تقادم الدعوى الجنائية التي نشأت عن الجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال غير المشروعة يمتد أثره إلى كل المساهمين في الجريمة فيجعل الطريق إلى توقيع العقاب على أحدهم مسدودا سواء كان فاعلاً أم شريكاً مما يؤدي إلى إفلات مرتكب نشاط غسل الأموال من المسؤولية الجنائية.

ثالثا : - إن إسباغ وصف المساهمة الجنائية التبعية على نشاط غسل الأموال يحول دون وجود ملاحقة جنائية فعالة في مواجهة هذا النشاط خاصة إذا اتخذ هذا النشاط صورة الجريمة الدولية أي عندما تتوزع الأدوار فيها بين أكثر من دولة[1]. فعدم العقاب حال تدويل نشاط غسل الأموال يرجع إلى أن دولة الغسيل قد لا يمنحها قانونها الاختصاص بنظر الجريمة لكونها مجرد فعل من أفعال المساهمة التبعية، والاختصاص ينعقد للجهة القائمة في مكان ارتكاب الفعل الأصلي، وفي ذات الوقت فان الدولة التي وقعت فيها الجريمة الأصلية قد لا تختص محاكمها بنظر جريمة الغسيل لعدم وقوعها على إقليمها.

ويتضح مما تقدم قصور وصف المساهمة الجنائية التبعية عن استيعاب نشاط غسل الأموال وبالتالي عدم إمكان ملاحقة هذا النشاط ومعاقبته باعتباره اشتراكاً في جريمة أصلية هي تلك المتحصلة منها الأموال غير المشروعة.

(١) د. علي أحمد راغب : السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة ١٩٩٢، ص ٥٩٠.

## الفرع الثاني
## غسل الأموال وجريمة إخفاء الأشياء ذات المصدر غير المشروع[1]

إن تعريف غسيل الأموال يتضمن العناصر المكونة لجريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة والمتمثلة في : حيازة واستعمال أشياء ذات مصدر غير مشروع . فالمادة ٤٠٧/ ١ عقوبات إماراتي تنص على انه " من حاز أو أخفى أشياء متحصلة من جريمة مع علمه بذلك ودون أن يكون قد اشترك في ارتكابها يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي يعلم أنها قد تحصلت منها " . فهل يمكن اعتبار استخدام الأشياء المتحصلة من جريمة أو نشاط غسيل الأموال صورة من جريمة الإخفاء التي نصت عليها المادة المشار إليها؟

**أولا : - غسيل الأموال صورة من جريمة إخفاء الأشياء :**

الواقع إن غسل الأموال وإخفاء الأشياء ذات المصدر غير المشروع يضمان فعلا مفاهيم وعناصر متقاربة voisines ، فالهدف النهائي لغسل الأموال هو إمكانية استعمال وحيازة الأموال مع العلم بمصدرها غير المشروع . هذا التقارب بين المفهومين دفع بعدد من المشرعين إلى عدم الاعتراف بذاتية خاصة لغسل الأموال، والاتجاه إلى العقاب عليه من خلال جريمة الإخفاء من ذلك على سبيل المثال : المادة ٥٠٥ عقوبات بلجيكي ، المادة ٣٢ عقوبات فنلندي ، والمادة ٢٧٥ عقوبات دانمركي . "وتتمثل

(١) J.F. THONY et J.P. LABORDE: op cit, p 417.

حجج ومبررات اعتبار نشاط غسل الأموال صورة من جريمة الإخفاء في الآتي[1] :

١- إن صياغة نص جريمة الإخفاء جاء عاما يتسع للأشياء المتحصلة من أية جريمة أيا كان نوعها، فالمهم أن يكون محل الإخفاء هو ثمرة جريمة، ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يرد فعل الإخفاء على أموال متحصلة من نشاط الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية وكذلك الاتجار غير المشروع في الأسلحة وغيرها من التجارة الإجرامية المنظمة.

٢- إن فعل الإخفاء الذي استخدمه المشرع في المادة ٤٠٧ عقوبات إماراتي له دلالة واسعة بحيث يستوعب الحيازة، الاستعمال، الانتفاع والوساطة في تداول الشيء دون اشتراط الإحراز المادي[2]. وعليه فإن الدور الذي تقوم به المؤسسات المالية وغير المالية في قبول أو تحويل أو استثمار أو استخدام الأموال أو العائدات المتحصلة من جريمة إنما يندرج تحت فعل الإخفاء.

٣- إن جريمة الإخفاء تستوعب على وجه الخصوص إعادة استثمار عائدات الاتجار بالمخدرات وغيرها من الأموال المتحصلة من جرائم في مشروعات نظيفة، ولا يغير من ذلك إمكان تدوير هذه الأموال في دورات استثمارية متعاقبة، ذلك أن القضاء الجنائي اتجه إلى توسيع دائرة ملاحقة وعقاب حيازة الأموال غير المشروعة أيا كانت الصورة التي تتحول إليها هذه الأموال.

---

(١) د. سليمان عبد المنعم : مسئولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ص ٥٣ - ود. إبراهيم عيد نايل : المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) Cass. Crime. 9 Juillet 1971, D.S. 1971, p.3, obs. Littman, J.C. p. 1971, no 16616, note Benabent.

ويتضح مما تقدم انه يمكن ملاحقة نشاط غسل الأموال وتوقيع العقاب على مقترفيه من خلال نص المادة ٤٠٧ عقوبات إماراتي المتعلقة بإخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة. وان هذا التقارب بين جريمة الإخفاء ونشاط غسل الأموال دفع ببعض المشرعين الذين جرموا غسل الأموال استقلالا إلى استعارة فلسفة جريمة الإخفاء المتمثلة في اختلاف فاعل الجريمة الأصلية المتحصل منها الأشياء محل الإخفاء عن فاعل الإخفاء ذاته. فالمشرع الفرنسي على سبيل المثال يعاقب من سهل التبرير الكاذب لمصدر الأموال أو من ساعد في عملية إخفائه (المادة ٢٢٢-٣٨ عقوبات فرنسي).

**ثانيا : قصور جريمة الإخفاء عن استيعاب نشاط غسل الأموال:**

إذا كانت عمومية نص المادة ٤٠٧ عقوبات إماراتي تغري بإمكان ملاحقة نشاط غسل الأموال من خلالها فان التحليل لهذا النص يكشف عن قصوره على استيعاب نشاط غسل الأمال وذلك وفقا للآتي : -

**١- قصور وصف الإخفاء على مستوى السلوك المكون للركن المادي للجريمة :**

عدم اعتبار الغاسل حائزا للأموال : يتطلب الركن المادي لجريمة إخفاء الأشياء المتحصلة عن جريمة ارتكاب نشاط إيجابي يتمثل في إخفاء أو حيازة الشيء ذي المصدر غير المشرع أو أن يكون سلطان الجاني مبسوطا على الشيء ولو لم يكن في حيازته الفعلية[1]. وهنا يثور التساؤل عما إذا كانت تتوافر هذه العناصر في مسلك

(١) نقض مصري ١٧/ ١١/ ١٩٦٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٠ رقم ٢٦٣، ص ١٢٩٤.

الغاسل مثل المؤسسة المالية التي تقبل إيداع أو تحويل أموال تعلم أنها متحصلة من مصدر غير مشروع؟

إن اعتبار الغاسل كالمؤسسة المالية التي تقبل إيداع أو تحويل أموال ذات مصدر غير مشروع مرتكبا لجريمة الإخفاء محل نظر، ذلك أن هذه المؤسسة لا تعد حائزة بالفعل لهذه الأموال حيث يظل حق التصرف في المال قاصرا على صاحبه وحده[1]. فالمصرف الذي يقبل إيداع أموال متحصلة من مصدر غير مشروع لا يحوز هذه الأموال باسمه ولحسابه وإنما تظل هذه الأموال باسم ولحساب المستفيد.

فضلاً على ذلك فإن تقاعس المؤسسة المالية عن التثبت من حقيقة العملية التي أجراها عميلها أو فحص وتحرى مصدر الأموال المودعة لديها لا يعدو أن يكون موقفاً سلبيا لا تقوم به جريمة الإخفاء.

**٢- إن ملاحقة نشاط غسل الأموال من خلال جريمة الإخفاء يتضمن انتهاكاً لمبدأ الشرعية:**

سبق القول أن كل جريمة في قانون العقوبات تصلح أن تكون مصدرا للأشياء محل الإخفاء لان المشرع لم يحصر الجريمة الأولى السابقة على سلوك الإخفاء.

والواقع أن التفسير الواسع لفكرة الجريمة السابقة يصعب الأخذ به على إطلاقه لأن ذلك فيه انتهاك لمبدأ الشرعية الجنائية الذي يقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون ".

---

(١) Cosson : Les delits en matieres de banques et d etablissements financieres, Revue de Sciences criminelles et de droit penal compare 1973.

إن نشاط غسل الأموال المتحصلة من الأنشطة الإجرامية المنظمة لا يمكن أن يندرج تحت وصف جريمة الإخفاء الواردة في المادة ٤٠٧ عقوبات إماراتي نظرا لخصوصية هذا النشاط من جهة وعدم بروز ظاهرة غسل الأموال إلى حيز الوجود عند وضع هذا النص من جهة أخرى، مما يمكن معه القول بان تفسير النص على انه يستوعب غسل الأموال لا يكشف عن إرادة المشرع. ومما يؤيد هذا الاتجاه اندفاع عدد كبير من المشرعين إلى تجريم نشاط غسل الأموال بتشريعات خاصة على الرغم من وجود النصوص التي تعاقب على إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة، ومثال ذلك المشرع الإماراتي الذي جرم هذا النشاط بمقتضى القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ والمشرع الفرنسي الذي سلك ذات السبيل بمقتضى القانون رقم ٣٩٢-٩٦ لسنة ١٩٩٦.

**٣- اختلاف الركن المعنوي في كل من جريمة الإخفاء وغسل الأموال:**

إن جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة هي جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي الذي يقتضي توافر عنصرين: العلم بأركان الجريمة وعناصرها واتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل وتحقيق النتيجة الإجرامية، وعليه فإن جريمة الإخفاء لا تقوم من مجرد الإهمال في التثبت والتحرى عن مصدر الأشياء محل الإخفاء[1]. أما جريمة غسيل الأموال فيمكن أن تقع عن طريق العمد والإهمال معا، فالمؤسسة المالية أو غير المالية التي تهمل في التحري عن مصدر الأموال المودعة أو المحولة إذا تجاوزت حداً معيناً، أو لا تتحرى عن حقيقة بعض العمليات التي

(١) نقض مصري ١٤/ ٦/ ١٩٧١، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٢، ق ١١٦، ص ٤٧٥.

تستخدم فيها أموال تحيط بها شكوك تعد مرتكبة لجريمة غسل الأموال، بشرط أن ينص المشرع على عقاب الإهمال بنص خاص[1].

**٤- إن ملاحقة نشاط غسل الأموال عن طريق جريمة الإخفاء قد يؤدي إلى إفلات الغاسل من المسؤولية الجنائية:**

إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجريمة الأولى المتحصل منها على الأشياء محل الإخفاء، فان أثر العفو يمتد إلى إخفاء الأشياء، لان العفو يزيل الصفة الإجرامية عن الفعل بأثر رجعي. ويترتب على ذلك أنه إذا اعتبر نشاط غسل الأموال صورة من جريمة الإخفاء وصدر قانون بالعفو الشامل امتد أثره إلى الجريمة التي تحصلت منها الأموال محل الإخفاء، فإن الغاسل سيفلت من المسئولية الجنائية ومن العقاب لأن العفو الشامل مثل أسباب الإباحة يمحو الصفة الجرمية عن الفعل فيغدو مباحاً.

---

(١) يتعين الإشارة إلى أن القانون الإماراتي المتعلق بتجريم غسل الأموال نص في المادة (٧) على التزام المنشآت المالية والمنشآت الأخرى الاقتصادية والتجارية برفع تقارير عن العمليات المشبوهة إلى الوحدة الخاصة التي تنشأ لهذا الغرض في المصرف المركزي. ونصت المادة (١١) من ذات القانون على تولي الجهات المعنية بالترخيص والرقابة على المنشآت المذكورة مهمة التأكد من التزام هذه المنشآت برفع التقارير عن الحالات المشبوهة. وفي هذا السياق أيضا نصت المادة (١٥) على المسئولية الناشئة عن العلم بالعمليات المشبوهة والامتناع عن الإبلاغ عنها، غير أن القانون المذكور لم ينص على مسئولية المنشآت المالية وغيرها في حالة تقاعسها عن الإبلاغ عن العمليات المريبة إذا بلغ التقاعس حد الإهمال الجسيم، خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على ذلك في القانون الصادر في ١٢/ ٦/ ١٩٩٠.

ونستخلص مما تقدم مدى القصور الذي تنطوي عليه الأوصاف الجنائية التقليدية وتحديدا المساهمة الجنائية وجريمة الإخفاء في اعتبارها أساسا لملاحقة نشاط غسل الأموال، لذلك تبرز ضرورة تدخل المشرع صراحة لمواجهة هذه الظاهرة الجديدة بنصوص خاصة تأخذ بعين الاعتبار جوانبها الفنية وتستوعب كافة فروضها.

## المطلب الثاني

## مكافحة غسل الأموال في القانون الإماراتي والتشريع المقارن

ابتداء من عقد الثمانينات ظهر اهتمام معظم المشرعين في أوربا والولايات المتحدة الأمريكية بمكافحة ظاهرة غسيل الأموال وتجريم مختلف صوره، فأصدرت هذه الدول تشريعات خاصة لهذا الغرض، وعليه اصبح هذا النشاط يشكل جريمة خاصة لها أركانها وعقوباتها التي تميزها عن الجريمة الأولى التي تحصلت منها الأموال غير المشروعة.

وفي هذا الإطار يندرج حرص وسعي المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى إصدار تشريع خاص يعنى بمواجهة ظاهرة غسل الأموال.

## الفرع الأول
## مكافحة غسل الأموال في القانون الإماراتي

لقد خطى المشرع الإماراتي خطوة كبيرة في سبيل مكافحة ظاهرة غسل الأموال بإصداره القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال، ونستعرض فيما يلي الأحكام التي تضمنها هذا القانون مع إبداء الرأي فيها عند الاقتضاء.

**أولاً : ماهية جريمة غسل الأموال**(١) :

نصت المادة ٢/ ١ من من القانون المذكور على أنه : " يعد مرتكبا جريمة غسل الأموال كل من أتى عمدا أو ساعد في أي من الأفعال التالية بالنسبة للأموال المتحصلة من أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من هذه المادة :

أ - تحويل المتحصلات أو نقلها أو إيداعها بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها.

ب - إخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها.

ج - اكتساب أو حيازة أو استخدام تلك المتحصلات.

**ويستخلص من هذا النص أن السلوك الذي تقوم به جريمة غسل الأموال يتخذ الصور التالية :**

(١) J. Pardon : le blanchiment de l argent : aspects internationaux in banque et droit, 1991, p 5 et suite

## ١- تمويه وإخفاء المصدر غير المشروع للأموال:

### أ/- تحويل أو نقل أو إيداع المتحصلات لإخفاء مصدرها غير المشروع :

تتضمن هذه الصورة أفوالاً ثلاثة هي :

التحويل، النقل والإيداع وهي تمثل أكثر الوسائل المصرفية شيوعا في عمليات غسل الأموال.

١- **التحويل :** - يقصد به تحويل المتحصلات غير المشروعة لإخفاء مصدرها ومثالها التحويل المصرفي المتمثل في تفريغ حساب شخص يسمى الآمر بناء على طلبه من مبلغ نقدي، وقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الآمر نفسه أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد. ويندرج في مفهوم التحويل أيضا تحويل الأموال النقدية إلى قيم وأشكال أخرى مثل الذهب، العقارات، صكوك قابلة للتحويل والتداول أو ودائع مصرفية.

وقد أورد وزير العدل الفرنسي في منشوره المؤرخ في ١٠/٦/١٩٩٦ أن مفهوم التحويل يعني إخفاء الآثار المتعلقة بأصل النقود وذلك بتمريرها عبر العديد من العمليات المالية[١].

٢- **النقل :** - إن مفهوم التحويل يشمل النقل أيضاً[٢]، إلا أن نص المشرع الإماراتي على هذه الصورة إلى جانب التحويل يفهم منه اتجاه إرادته

---

(١) F. LE GUNEHEC : Premier apercu des dispositions penales de la loi no 96. 392 du 13 mai 1996 relative a la lutte contre le blanchiment et le traffic des stupefiants, la semaine juridique, no 27, 1996.

(٢) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ٩٤ .

إلى مواجهة نقل الأموال عن طريق المؤسسات المالية غير المصرفية ، وهي المؤسسات التي تساهم في عمليات تبادل النقود مثل القيام بالتحويلات البرقية للنقود أو صرف الشيكات أو بيع أوامر الدفع أو بيع الشيكات السياحية ، ومثالها : شركات الصرافة وشركات سمسرة الأوراق المالية وغيرها ، وتعتبر هذه المؤسسات منفذا خطير لغاسلي الأموال لعدم خضوعها لنفس الرقابة الصارمة التي تخضع لها البنوك[1] . ويشمل النقل أيضا إخراج الأموال غير النظيفة عبر الحدود .

٣- **الإيداع** : - تمثل هذه الصورة السلوك الأكثر بساطة في عمليات غسيل الأموال ويتم ذلك بإيداع مبالغ العملات الورقية المتحصلة من جريمة . وقد يتم هذا الإيداع أو التوظيف في مؤسسات مصرفية تقليدية أو غير تقليدية أو من خلال تجارة التجزئة التي يشيع فيها تداول العملات الورقية بكميات كبيرة .

على أنه يتعين أن تكون الغاية من التحويل أو النقل أو الإيداع هي إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للمتحصلات الناتجة عن الجرائم الواردة في البند (٢) من المادة (٢) من القانون المذكور .

---

(١) د. جلال وفاء محمدين : المرجع السابق ، ص ٢٢ .

**ب /- إخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات** : تشمل هذه الصورة كل تمويه ينصب على حقيقة الأموال المتحصلة من نشاط غير مشروع، أو مصدرها، أو مكانها، أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها. وعليه يبدو هذا التجريم ملائما لملاحقة الوسائل المتطورة والحيل المصرفية بالغة التعقيد التي تساهم في عملية الغسيل وتيسر لها، فميزة هذه الصورة أنها تواجه الفروض السابقة على عملية الغسيل بالمعنى الضيق للكلمة[1].

**ج /- اكتساب أو حيازة أو استخدام المتحصلات** : تواجه هذه الصورة الحالات التي تقبل فيها المنشآت المالية أو غيرها أموالا تعلم بمصدرها غير المشروع من ذلك على سبيل المثال إيداع هذه الأموال في حساب مصرفي أو في خزانة[2] يتم تأجيرها لهذا الغرض. وان كانت هذه الحالة تشكل صورة من جريمة الإخفاء إلا أن ميزة هذا التجريم هو تحديد السلوك المكون للجريمة بالدقة المطلوبة تماشياً مع مقتضيات مبدأ الشرعية.

ويلاحظ على هذا المسلك غلو المشرع الإماراتي في تحديد صور الركن المادي للجريمة بل إنه عدد صورا للركن المادي تستوعب صورا أخرى وتتداخل معها، من ذلك استيعاب البند (ب) للبند (أ) من المادة ٢/ ١ من القانون المشار إليه.

---

(١) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ٩٤.

(٢) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ٩٤.

### ٢- المساعدة في عمليات تحويل أو نقل أو إيداع أو إخفاء الأموال ذات المصدر غير المشروع:

لقد عمد المشرع الإماراتي إلى النص على هذه الصورة حتى يشمل التجريم أكثر الوسائل المصرفية انتشاراً في عمليات غسل الأموال والمتمثلة في المساعدة في عمليات التحويل والإيداع والإخفاء. ومن شأن هذا المسلك ضمان فاعلية الملاحقة الجنائية في مواجهة الحيل المصرفية المختلفة التي تبدو مشروعة في ذاتها.

وتتمثل الأفعال التي جرمها المشرع في المساعدة في عمليات الإيداع التي قد تتم في مؤسسات مصرفية تقليدية أو غير تقليدية، أو من خلال تجارة التجزئة أو بواسطة شراء المقتنيات الثمينة. وكذلك المساعدة في نقل الأموال المتحصلة عن الأنشطة الإجرامية وذلك بتهريبها خارج حدود الدولة عن طريق إخراجها بواسطة المسافرين على متن وسائل النقل المختلفة أو باستخدام طرود جوية سريعة أو غير ذلك.

وحتى لا يدع المشرع أحداً يفلت من العقاب جرّم أيضاً المساعدة على إخفاء وحيازة الأموال المتحصلة من جريمة، ويقصد بالإخفاء هنا الحيازة المستترة للأموال بغرض حجبها عن متابعة الغير، ومن صور هذا المسلك المصرف الذي يساعد أحد عملائه بتقديم خزانة له لوضع أمواله ذات المصدر غير المشروع يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال متى توافر لديه القصد الجنائي.

كما يعاقب المشرع الإماراتي على المساعدة في عملية تحويل الأموال المتحصلة من نشاط إجرامي، ويقصد بذلك كافة صور التحويل ومنها التحويل المصرفي الذي

يتطلب وجود حسابين مصرفيين تنتقل النقود من أحدهما إلى الآخر، كما يسري التجريم على التحويلات الإلكترونية التي تتميز بتغطيتها لمسافات بعيدة وبسرعة كبيرة.

ويتعين الإشارة هنا إلى أن تجريم المساعدة في الأفعال الإجرامية المتقدمة تمثل بحسب الأصل صورة من صور المساهمة الجنائية غير أن المشرع عاقب عليها باعتبارها جريمة أصلية، ويترتب على هذا المسلك استقلال المسئولية الجنائية لفاعل هذا النشاط عن مسئولية غيره وجواز مساءلة المساهمين معه باعتبارهم مساهمين أصليين أو شركاء بحسب ما قاموا به من دور في هذا النشاط.

وأما فيما يتعلق بالمحل الذي يرد عليه السلوك الإجرامي فهو يشمل أموال أوعائدات جرائم حددتها الفقرة(٢) من المادة(٢) من القانون الإماراتي وتتمثل هذه الجرائم في الآتي[1]:

---

(١) اختلفت التشريعات الوطنية المتعلقة بغسل الأموال في تحديد الجرائم التي تنتج عنها الأموال غير المشروعة والتي تشكل محل جريمة غسل الأموال، فالبعض قصر هذه الجرائم على جرائم المخدرات ومنها تشريعات الدانمارك، البرتغال، و لوكسمبورج، وذهبت بعض التشريعات إلى حصرها في الجرائم المنظمة الأكثر خطورة ومنها قوانين ألمانيا، اليونان وأسبانيا، وهناك اتجاه أخر حددها في الجرائم الخطيرة من ذلك تشريعات بريطانيا واستراليا، أما الاتجاه الأخير فجعلها تشمل كافة الجرائم ومن هذا الاتجاه القانون الفرنسي، البلجيكي، الأمريكي والنمساوي. وعلى ضوء ما تقدم يبدو أن المشرع الإماراتي اتجه إلى الجمع بين الاتجاه الثاني والثالث حيث حصر الجرائم التي تشكل مصدرا للأموال غير المشروعة محل الغسل في الجرائم المنظمة الأكثر خطورة وأضاف إليها بعض الجرائم الخطيرة.

١- المخدرات والمؤثرات العقلية .

٢- الخطف والقرصنة والإرهاب .

٣- الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون البيئة .

٤- الاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر .

٥- جرائم الرشوة والاختلاس والإضرار بالمال العام .

٦- جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها .

٧- أية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها .

ويقصد بالأموال[1] الأصول أيا كان نوعها منقولة أو ثابتة ، مادية أو غير مادية ، والمستندات التي تثبت تملك تلك الأصول أو أي حق متعلق بها . وهذا التعريف يتسع بحيث يسمح بملاحقة كفة صور المتحصلات أيا كانت طبيعتها نقدية ، منقولة ، عقارية أو غيرها .

وتجدر الإشارة هنا إلى وجود مغايرة في الصياغة[2] تضمنتها المادة (٢) المشار إليها حيث استخدمت في الفقرة الأولى عبارة " غسل الأموال " ، وفي تعداد صور الفعل الإجرامي ورد لفظ " متحصلات " أما في الفقرة الثانية من ذات المادة فقد استخدم

(١) ورد هذا التعريف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية المبرمة في فيينا عام ١٩٨٨ .

(٢) استعمل المشرع الفرنسي أيضا مصطلحات متمايزة ولكنها تتوحد في المعنى حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٢٤-١ من قانون العقوبات " غسيل الأموال أو الدخول " ، بينما جاء في الفقرة الثانية عبارة " رؤوس الأموال أو الأصول " .

المشرع تعبير " أموال " فقط، وتمايز هذه المصطلحات لا ينفي وحدة مدلولها المتمثل في المال المتحصل من مصدر غير مشروع .

## ثانيا : عقوبة جريمة غسل الأموال :

وفقا لما جاء في المادة (١٣) من القانون الإماراتي المتعلق بتجريم غسل الأموال تعد جريمة غسل الأموال جنحة عقوبتها الحبس لمدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالغرامة التي لا تجاوز (٣٠٠.٠٠٠) ثلاثمائة ألف درهم ولا تقل عن (٣٠.٠٠٠) ثلاثين ألف درهم أو بالعقوبتين معاً، مع مصادرة المتحصلات أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك المتحصلات أو ما يعادل تلك المتحصلات. ويلاحظ عدم نص المشرع الإماراتي على تشديد العقوبة في أحوال معينة مع أنه يتعين نهج هذا السبيل في هذا النوع من الجرائم وعلى ذلك نرى ضرورة تشديد العقوبة في الظروف التالية :

١- إذا تمت باستخدام وسائل معينة بأن تكون مستندة إلى نشاط مهني معين ييسر اقترافها فيتعين مقابلة سهولة تنفيذ الجريمة بتشديد عقوبتها .

٢- إذا ارتكبت الجريمة بواسطة جماعة منظمة .

كما يلاحظ أن المشرع الإماراتي لم ينص على معاقبة الشروع في هذه الجريمة مما يعني خضوعها للقواعد العامة التي تحكم الشروع، ولما كانت هذه الجريمة جنحة وكانت المادة (٣٦) عقوبات اتحادي تنص على أن القانون يحدد الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة هذا الشروع، فهذا يعني أن القانون يعاقب على هذه الجريمة في صورتها التامة فقط ولا يعاقب عليها إذا وقفت عند حد الشروع، مع أن

هذه الجريمة من الخطورة والأهمية ما يقتضي المعاقبة على اقترافها تامة وناقصة أيضاً[1] .

ويتصور أن تنعقد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة غسل الأموال، فتوقع عليه العقوبات الواردة في المادة ٦٥ عقوبات إماراتي[2] وهي الغرامة والمصادرة والتدابير الجنائية المقررة للجريمة قانونا . ولا تمنع هذه المسؤولية من معاقبة مرتكب الجريمة شخصياً بالعقوبات المقررة لها قانوناً .

**ثالثا : تعزيز التعاون الدولي في شأن مكافحة غسيل الأموال :**

عاقب المشرع الإماراتي على نشاط غسل الأموال على الرغم من أن هذا النشاط لم يقع بأكمله على الإقليم الإماراتي، ويعكس ذلك رغبته في مكافحة هذا النشاط عندما يتخذ صورة الجريمة المنظمة . فقد نصت المادة (٢١) من القانون المشار إليه على أنه " يجوز للسلطة القضائية المختصة بناء على طلب من سلطة قضائية بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها أو بشرط المعاملة بالمثل إذا كان الفعل الإجرامي معاقباً عليه في الدولة أن تأمر بتعقب أو تجميد أو وضع الحجز التحفظي على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط الناتجة عن جريمة غسل الأموال أو المستخدمة فيها " .

---

(١) سلك المشرع الفرنسي هذا السبيل بمقتضى المادة ٤٢٣-٦ من قانون العقوبات الفرنسي حيث عاقب على الشروع في غسل الأموال بعقوبة الجريمة التامة .

(٢) عددت المادة ٦٥ عقوبات إماراتي أنواع العقوبات التي تتلاءم مع طبيعة الشخص الاعتباري ومنها الغرامة على أن يتم تحديد قيمة الغرامة على النحو الوارد في قانون غسل الأموال .

على أننا نلاحظ قصور هذا النص من حيث عدم تحديد ضوابط معينة تتعلق بالطلب المقدم من السلطة القضائية الأجنبية، ومن هذه الضوابط التي نقترح إضافتها إلى القانون المذكور لأهميتها ما يلي :

١ - ألا يكون تنفيذ الطلب المقدم من السلطة القضائية بدولة أخرى يمثل اعتداء على النظام العام في الدولة.

٢- ألا تكون الوقائع موضوع الطلب محلا لملاحقة قضائية أو صدر بشأنها حكم بات على إقليم الدولة.

٣- عدم تنفيذ الحكم الأجنبي إذا صدر في ظروف لم تتوفر فيها الضمانات الكافية المقررة لحق الدفاع.

٤- أن يتم تنفيذ الإنابة القضائية بشأن الطلب المقدم من سلطة قضائية أجنبية وفقاً لأحكام القانون الإماراتي.

## رابعا : الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي بالمصادرة :

اعترف المشرع الإماراتي وفق أحكام القانون المذكور بحجية الحكم الأجنبي الصادر بالمصادرة على الإقليم الإماراتي، وذلك بغية تعزيز التعاون الدولي في مكافحة نشاط غسيل الأموال عندما يتخذ صورة الجريمة الدولية المنظمة.

فقد نصت المادة (٢٢) على أنه " يجوز الاعتراف بأي حكم أو أمر قضائي ينص على مصادرة أموال أو متحصلات أو وسائط متعلقة بجرائم غسل الأموال يصدر من محكمة أو سلطة قضائية مختصة بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها " .

على أننا نلاحظ أيضا قصور هذا النص من عدة جوانب وفق الآتي :

١ - إن الاعتراف بأي حكم أو أمر قضائي أجنبي ينص على مصادرة الأموال غير المشروعة جوازي أي يخضع لتقدير سلطة قضائية معينة، فما هي هذه الجهة أو السلطة تحديداً ؟

٢- يجب النص على شروط لتنفيذ الحكم الأجنبي بالمصادرة والمتمثلة وفق مانراه في الآتي[1] :

أ - أن تكون الأموال المصادرة بموجب الحكم الأجنبي مما يجوز مصادرتها في ذات الظروف طبقا لاحكام القانون الإماراتي وألا تشكل اعتداء على الحقوق المشروعة للغير.

ب - أن يكون الحكم الأجنبي نهائيا وان يظل متمتعا بالقوة التنفيذية طبقا لاحكام الدولة التي صدر فيها.

ج- جواز سماع المحكوم عليه وكل شخص له حقوق تتعلق بالأموال المصادرة وذلك بطريق الإنابة القضائية من قبل السلطة المختصة بتقدير مدى الاعتراف بحجية الحكم الأجنبي بالمصادرة، مع إجازة استعانة المحكوم عليه أو غيره بمحام. ويندرج هذا الأمر في ضمانات الدفاع التي يكفلها القانون للأفراد لتحقيق غاية العدالة المتمثلة في عدالة ونزاهة الأحكام.

---

(١) نص المشرع الفرنسي على شروط وضوابط تنفيذ الحكم الأجنبي بالمصادرة في المادتين (١٢) و (١٣) من القانون رقم ٦٩ - ٣٩٢ لسنة ٦١٩٩ انظر :
Journal official 14 mai 1996, p 7208.

د - أن ينقل الحكم الأجنبي بالمصادرة المنفذ على الإقليم الإماراتي ملكية الأموال المصادرة إلى الدولة ما لم يوجد اتفاق على ذلك مع الدولة الطالبة .

## الفرع الثاني
## مواجهة ظاهرة غسيل الأموال في القانون المقارن

سنخصص هذا الفرع للتطرق لأحكام جريمة غسل الأموال في بعض التشريعات المقارنة مع التركيز بصفة أساسية على التشريع الفرنسي .

**أولا : - فرنسا :-** ظهرت جنحة غسل الأموال كجريمة قائمة بذاتها بمقتضى قانون ٣١/ ١٢/ ١٩٨٧ في شأن الصحة العامة ، وتحديدا المادة ٦٢٧ .L/٣ التي أصبحت فيما بعد المادة ٢٢٢ - ٣٨ من قانون العقوبات . وقد نص هذا القانون على عقاب كل من اشترك أو ساهم عن علم ووعي كاملين في غسل العوائد الناتجة من جرائم المخدرات . وعليه فقد مكن هذا القانون من ملاحقة وعقاب الأشخاص الذين لم يرتكبوا أويساهموا في الجريمة الأولية غير انهم لعبوا دورا في الاستثمار المالي لعوائد هذه الجريمة ، وحدد القانون العقاب على هذا السلوك بالحبس الذي يصل إلى ١٠ سنوات والغرامة التي تصل إلى ( ٥٠٠ , ٠٠٠ ) فرنك فرنسي[١] .

---

(١) Jacqueline Riffault : op cit, p233.

وفي عام ١٩٩٠ صدر القانون رقم ٦١٤-٩٠[١] في شأن معاقبة غسل الأموال ، والذي يتعلق أساسا باشتراك المؤسسات المالية والبنوك على وجه خاص في غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات . ولقد حرص المشرع الفرنسي على الأخذ بالتجريم التحوطي لبعض الأنشطة الممهدة لغسيل الأموال ، وذلك بفرض بعض الالتزامات على المؤسسات المالية والمصرفية لسد المنافذ التي قد تتسلل من خلالها الأموال غير النظيفة . فقد ألقت المادة(٢) من القانون المذكور على هذه المؤسسات والبنوك واجب الإبلاغ عن العمليات المالية والمصرفية التي تثور حولها الشبهات ، وذلك بإخطار لجنة تنشأ لهذا الغرض تابعة لوزير الاقتصاد والمالية والتي تقوم بجمع المعلومات الخاصة بمصدر الأموال وطبيعة العمليات التي ينصب عليها الإخطار ، فإذا تبين أن هناك وقائع أو أفعال يحتمل أن تشكل جريمة فإنها تعرض على المدعي العام[٢] .

وألزم هذا القانون البنك بالتحقق من هوية العميل وينطبق هذا على العميل غير الدائم في حالة قيامه بعملية مصرفية تزيد على ٥٠,٠٠٠ فرنك ، أو استئجار خزانة حديدية في البنك ، كما ألزم القانون البنوك بان تفحص وبعناية شديدة أي عملية يزيد مقدارها على مليون فرنك فرنسي ، والاحتفاظ ببيانات هذه العملية لمدة لا تقل عن ٥ سنوات وخاصة البيانات المتعلقة بمصدر هذه الأموال والجهة المرسل إليها[٣] .

---

(١) للاطلاع على أحكام هذا القانون انظر : Journal official 14/7/1990

(٢) Olivier Jerez : Le blanchiment de l argent; banque editeur, p 235.

(٣) د. جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

ثم خطى المشرع الفرنسي خطوة كبيرة في سبيل مواجهة ظاهرة غسيل الأموال بان اصدر القانون رقم ٣٩٢-٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن مكافحة غسل الأموال والاتجار في المواد المخدرة وتعزيز التعاون الدولي في مجال ضبط ومصادرة عائدات الجريمة، وبمقتضى هذا القانون استحدث المشرع الفرنسي جريمة عامة بشأن غسل الأموال المتحصلة من أية جناية أو جنحة، فلم يعد الأمر قاصرا على ملاحقة غسل الأموال المتحصلة من الاتجار في المواد المخدرة. وقد عرفت المادة ٣٢٤ - ١ من قانون العقوبات مضافة بالمادة (١) من قانون ١٩٩٦ الغسيل بأنه " كل فعل من شأنه تسهيل التبرير الكاذب وبأية وسيلة حول مصدر أموال أو دخول فاعل جناية أو جنحة تحصل منها على عائد أو فائدة مباشرة أو غير مباشرة. كما يعد من قبيل الغسيل تقديم المساعدة في عملية تحويل أو إخفاء أو إيداع العائد المباشر أو غير المباشر لأية جناية أو جنحة ".

وقد جعل المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٣٢٤ - ١ من قانون العقوبات من جريمة غسيل الأموال جنحة عقوبتها الحبس لمدة ٥ سنوات وغرامة مالية قدرها ٢,٥٠٠,٠٠٠ فرنك. وتشدد العقوبة بحيث تصل إلى الحبس لمدة ١٠ سنوات والغرامة إلى ٥ مليون فرنك إذا اتخذت الجريمة صورة السلوك المعتاد أو ارتكبت من طرف جماعة منظمة.

ولقد حرص المشرع الفرنسي على تقرير قائمة من العقوبات التكميلية توقع على مرتكب جريمة غسيل الأموال إذا كان شخصا طبيعيا وتمت إدانته، وتكمن علة تقريرها في أثرها الرادع والرغبة في تضييق الخناق على مرتكبي هذه الجرائم مما قد يحول دون اقترافها.

ولقد أجازت المادة (٩) من قانون ١٩٩٦ قبول أي طلب مقدم استنادا إلى الفصل الثالث من اتفاقية مجلس أوربا لعام ١٩٩٠ في شأن كشف وضبط ومصادرة عائدات الجرائم، إذا كان الطلب مقدما من دولة طرف في الاتفاقية وكان يهدف إلى الآتي :

١- البحث والتحري عن عائد جريمة أو الشيء الذي استخدم أو كان معدا لاستخدامه في ارتكابها، أو عن مال يتماثل في قيمته مع عائد هذه الجريمة .

٢- مصادرة الأشياء المذكورة أو العائدات أو الأموال .

٣- اتخاذ الإجراءات التحفظية على الأشياء أو تلك الأموال أو العائدات .

كما اعترف المشرع الفرنسي بشروط وضوابط محددة بحجية الحكم الأجنبي الصادر بالمصادرة على الإقليم الفرنسي وذلك رغبة منه في تعزيز التعاون الدولي في مواجهة نشاط غسيل الأموال عندما يتخذ صورة الجريمة الدولية المنظمة .

**ثانيا : في بلجيكا**[1] : - جعل المشرع البلجيكي جنحة غسل الأموال جريمة عامة بمقتضى المادة ٥٠٥ من قانون العقوبات المتعلقة بالإخفاء وغسل الأموال . ولقد عاقب التشريع البلجيكي على تحويل وإخفاء الأشياء Les choses الواردة في المادة ٤٢ - ٣ عقوبات وذلك بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لهذه الأشياء، كما يشمل التجريم من يساعد أي شخص في ارتكاب هذه الجريمة .

(١) Jacqueline Riffault : op cit , p 234.

والمقصود بالأشياء هي المزايا المالية Les avantages patrimoniaux المستمدة مباشرة من الجريمة . ولقد عاقب المشرع البلجيكي على هذه الجريمة بالحبس الذي يتراوح بين ١٥ يوما و٥ سنوات وغرامة مالية يقدرها قاضي الموضوع .

**ثالثا : أما في بريطانيا**[1] :- فإن القانون ينص على ثلاث جنح لغسل الأموال ، الأولى ذات طابع عام أما الثانية فتتعلق بغسل الأموال الناتجة عن الاتجار في المخدرات ، وخصصت الأخيرة لتبييض أموال جرائم الإرهاب ، وتشترك هذه الجرائم في العقوبة وهي الحبس لمدة ١٤ سنة وغرامة مالية تقدرها المحكمة المختصة .

وتوجد جنحتان أخرتان عقوبتهما الحبس لمدة خمس سنوات ترتبطان فقط بجريمتي غسل أموال المخدرات وتلك الناتجة عن جرائم الإرهاب ، تتعلق الأولى بإفشاء تحقيق جاري بشان عمليات مشبوهة ، بينما تنصب الثانية على الامتناع عن الإبلاغ عن الشكوك التي تحيط بالعمليات المشبوهة ، على انه يتعين الإشارة إلى أن القانون البريطاني جعل التزام الإبلاغ يقع على عاتق أي شخص أمكنه العلم بالشبهات خلال أدائه لاعماله ، ولم يقصر هذا الالتزام على أشخاص يمارسون أعمالا محددة .

فضلاً على ذلك يعاقب القانون الإنجليزي الوسطاء الماليين بالحبس لمدة سنتين في حال الإخلال بواجباتهم المتعلقة بالمراقبة والتحري لكشف الأنشطة غير المشروعة أي الإخلال بواجب اليقظة obligation de vigilance.

(١) Jacqueline Riffault : op cit , p 235.

## المطلب الثالث
## الهيكل القانوني لجريمة غسيل الأموال و إثباتها

لقد أصبح نشاط غسيل الأموال يشكل جريمة مستقلة لها ذاتيتها فلا تلتبس مع غيرها من الأوصاف الجنائية الأخرى، حيث قامت العديد من التشريعات بتجريم ومعاقبة نشاط غسل الأموال ذات المصدر غير المشروع.

وتقتضي دراسة غسل الأموال باعتبارها جريمة قائمة بذاتها التعرض لبنيانها القانوني بدراسة أركانها لمعرفة خصوصيتها.

ولما كانت جريمة غسل الأموال من الجرائم التبعية فإنها تتطلب ركنا مفترضا يتمثل في وقوع جريمة سابقة عليها استخلصت منها الأموال القذرة لذلك فان دراسة هذا الركن تندرج ضمن محل الجريمة. وعليه سوف نتعرض بالدراسة للركن المادي ثم الركن المعنوي على أن ننهي هذه الجزئية بالتطرق لإثبات هذه الجريمة.

### الفرع الأول
### الهيكل القانوني لجريمة غسيل الأموال

**أولاً - الركن المادي :**

يتكون الركن المادي لجريمة غسل الأموال من عنصرين هما : -

١-سلوك غسل الأموال.

٢- محل جريمة غسل الأموال.

**أ- سلوك غسل الأموال :**

لا تقوم للجريمة قائمة دون سلوك مادي يتمثل في أفعال خارجية اقترفها الجاني تحقيقا للجريمة . ويكمن جوهر غسل الأموال في كل فعل يستهدف إضفاء الطابع المشروع على الأموال والمتحصلات الناجمة عن جريمة باستخدام أية وسيلة كانت . فمن الصعب حصر السبل التي يتم بها غسل الأموال خاصة في ظل تعقيد النشاط المصرفي وما شهدته البشرية من تقدم تقني غير مسبوق أساءت المنظمات الإجرامية استخدامه حيث تم تطويعه لتحقيق أهدافها الإجرامية ، من ذلك استخدام التحويلات الإلكترونية ، البطاقات الذكية ، وشبكة الإنترنت وغيرها في غسل الأموال القذرة[1] .

ويستخلص من نص المادة (٢) بند (١) من قانون تجريم غسل الأموال الإماراتي أن السلوك المكون للركن المادي لغسيل الأموال يتمثل في ارتكاب بطريق العمد إحدى الصور الثلاثة التالية أو المساعدة في ارتكابها[2] :

١- تحويل المتحصلات أو نقلها أو إيداعها بهدف إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع .

٢- إخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها .

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر د . جلال وفاء محمدين : المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها والأستاذ أحمد مفيد السامرائي : غسل الأموال إلكترونيا ، هل تستطيع FATF مواجهتها ، جريدة الخليج ، العدد ٨٠٨١ ، الأربعاء ٤/ ٧/ ٢٠٠١م .

(٢) لقد سبق لنا التعرض بالشرح لمظاهر سلوك غسل الأموال عند تناولنا لأحكام القانون الإماراتي ، لذلك نحيل إليها منعا للتكرار .

٣- اكتساب أو حيازة أو استخدام تلك المتحصلات .

### ب : محل جريمة غسل الأموال :

تنصب جريمة غسل الأموال على الأموال غير النظيفة أي المتحصلة من جريمة أيا كانت صورها والأشكال التي تندرج فيها أو تتحول إليها ، فهذا هو السبيل الكفيل بتعقب صور غسل الأموال التي سرعان ما يتم تدويرها بحيث يطمس مصدرها غير المشروع[١] .

### ثانياً : الركن المعنوي : -

جريمة غسل الأموال جريمة عمدية تتطلب قصد جنائيا قوامه إرادة السلوك والعلم بكافة العناصر المكونة له . وقد نص المشرع الإماراتي على ذلك صراحة في المادة (٢) بند (١) من قانون تجريم غسل الأموال بقوله " يعد مرتكبا جريمة غسل الأموال كل من أتى عمدا أو ساعد في أي من الأفعال التالية . . . " . وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي لم يتعرض لطبيعة الركن المعنوي[٢] .

وعليه فانه لا يتصور قيام هذه الجريمة إلا بإرادة النشاط المكون لركنها المادي والعلم بالعناصر الجوهرية المتعلقة بها ، وبصفة خاصة العلم بالمصدر غير المشروع

---

(١) سبق لنا التعرض لمحل جريمة غسل الأموال عند التعرض لأحكام القانون الإماراتي فنحيل إليها منعاً للتكرار ، وانظر في هذا الخصوص د. عصام أحمد محمد : مكافحة غسيل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) لم يتعرض المشرع الفرنسي في نص المادة ٣٢٤ - ١ من قانون العقوبات الجديد للركن المعنوي في جريمة غسل الأموال . وإذا جرم القانون فعلا دون أن يبين الركن المعنوي فانه يلزم لقيام الجريمة توافر القصد . انظر د. محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات ، ص ٦٣ .

للأموال غير النظيفة .

وبالنسبة للركن المعنوي تثور المشكلة فيما يتعلق بكيفية استظهاره[١] ، ويرجع ذلك لأمرين :

١- طبيعة جريمة غسل الأموال باعتبارها جريمة اقتصادية ، يتستر العمد فيها تارة وراء آليات مالية ومصرفية مشروعة في ذاتها ، ويذوب أحيانا أخرى مع فكرة الخطأ بفعل التدفق السريع للنشاط المالي وتدوير الأموال بسرعة كبيرة مما يصعب معه التثبت من توافر العمد .

٢- اصطدام الركن المعنوي ولو جزئيا مع بعض القرائن التي يتعين إعمالها لاستخلاص ركن العمد ، من ذلك على سبيل المثال القرينة التي أرستها محكمة النقض الفرنسية في هذا الخصوص ومفادها أن عدم تقديم الإخطار عن النشاط المشبوه يفيد توافر الخطأ[٢] وهذا يحمل مخاطر ذوبان ركن العمد في مجرد الخطأ أو الإهمال .

ويتعين الإشارة هنا إلى انه وبالنظر إلى أهمية الجرائم الاقتصادية وما تتطلبه من يقظة حتى لا يتعذر تنفيذ السياسة الاقتصادية ، فقد اتجه الفقه والقضاء[٣] إلى التوسع في افتراض القصد الجنائي من مجرد وقوع المخالفة ، إلا إذا اثبت الفاعل عدم توافر

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. سليمان عبد المنعم : مسئولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) cass. Crim., 7 decembre 1995, D. 1996, I.R. 84, J.C.P. 1996, et Rev. Sc. Crim. 1996, p. 666.

(٣) cass. Crim., 8 octobre 1974, D. 1975, P. 610.

هذا القصد أو قيام سبب يمنع مسئوليته، وكذلك التسوية بين العمد والإهمال. إلا أن بعض الفقه وبعض أحكام القضاء تتجه إلى ضرورة التأكد والتثبت من الركن المعنوي للجريمة لأن تشويه القصد الجنائي في الجرائم الاقتصادية يفضي إلى عواقب خطيرة من حيث شدة العقوبة. وعلى العموم فإن جريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية يتمثل ركنها المعنوي في إرادة النشاط المكون لركنها المادي والعلم بحقيقة مصدر الأموال غير المشروعة. فلا يتصور توافر الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال دون علم الفاعل بالمصدر غير المشروع للأموال. فيتوافر العمد أو القصد إذا كان الفاعل يعلم بكون الأموال التي قام بتمويه مصدرها أو قبول إيداعها أو إخفائها أو تحويلها أو حيازتها إنما تتحصل من جريمة. ومن ثم ينتفي ركن العمد متى ثبت جهل الفاعل بالمصدر غير المشروع لهذه الأموال بان اعتقد بحسن نية بمشروعية مصدرها وكان اعتقاده مبنيا على أسباب جدية ومقبولة. ويرجع هذا إلى كون جريمة غسل الأموال جريمة تبعية un delit de consequence تتطلب لقيامها علم فاعلها بأن الأموال متحصلة عن نشاط جرمي غير مشروع.

وفضلاً على ذلك يتعين على الفاعل العلم بماهية سلوكه الإجرامي ( التحويل، الإيداع، الإخفاء، التمويه، الحيازة. . ) وأن من شأن هذا الفعل تحقيق النتيجة الإجرامية وهي إضفاء الصفة المشروعة على الأموال غير النظيفة، واتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الفعل الإجرامي وتحقيق النتيجة.

على أن السؤال الذي يثور هنا هو متى يتم تقدير توافر عنصر العلم بالمصدر غير المشروع للأموال أو المتحصلات[1]؟

قد يجهل الشخص وقت إيداعه أو تحويله أو حيازته للأموال بأنها ذات مصدر غير مشروع ثم يتوافر لديه هذا العلم لاحقا، فهل تقوم الجريمة ويسأل عنها؟

للرد على هذا السؤال يتعين تحديد طبيعة جريمة غسل الأموال وما إذا كانت جريمة وقتية أم جريمة مستمرة.

تنقسم الجرائم بحسب الوقت الذي يستغرقه تحقق عناصرها إلى جرائم وقتية وأخرى مستمرة. فإذا كان تحقق عناصر الجريمة لا يتطلب إلا برهة يسيرة، فالجريمة وقتية. أما إذا امتد ذلك لوقت طويل نسبيا فالجريمة مستمرة. ولتحديد ما إذا كانت جريمة غسل الأموال وقتية أم مستمرة يجب الرجوع إلى نموذج التجريم الخاص بها.

وبالرجوع إلى نص المادة(٢) من قانون تجريم غسل الأموال الإماراتي نجد أن المشرع سكت عن تحديد الوقت الذي يلزم أن يتوار فيه عنصر العلم بان مصدر الأموال غير مشروع، وعليه فان الجريمة مستمرة وهذا يتفق مع الواقع لان تحقق عناصرها يستغرق وقتا طويلا نسبيا. ويترتب على ذلك توافر الركن المعنوي متى علم "الغاسل" بالمصدر غير المشروع للأموال في أية لحظة تالية على نشاطه وان كان حسن النية وقت اقترافه هذا النشاط الذي قد يتمثل في إيداع أو تحويل أو حيازة أو استخدام أموال غير نظيفة.

---

(١) J. Riffault : op cit, p 246.

## الفرع الثاني
## إثبات جريمة غسل الأموال

إن مواجهة الإجرام المنظم يفرض وضع تدابير وأحكام غايتها تخفيف عبء الإثبات لإمكان تجاوز الصعوبات التي تواجه سلطة الاتهام في إثبات جريمة غسل الأموال أمام القضاء وفقا لطرق الإثبات العادية .

فالعمليات المتعلقة بغسل الأموال لا تتميز عن التحويلات المالية المشروعة إلا من حيث الهدف الذي يبتغيه الفاعل والمتمثل في إخفاء المصدر غير المشروع للأموال . وان إثبات هذا العنصر الذهني ( النفسي ) وكذلك المصدر غير المشروع للأموال ذاتها من الصعوبة بمكان . وتزداد صعوبة الإثبات إذا أخذنا بعين الاعتبار المعطيات التالية : -

١ - إن سبب وجود الجريمة واقترافها هو إخفاء المصدر غير المشروع للأموال .

٢ - ارتكاب الجريمة الأصلية التي نجمت عنها الأموال غير المشروعة عادة في دولة غير التي يتم فيها غسل الأموال .

٣ - بالنسبة للمنظمات الإجرامية ذات الأنشطة غير المشروعة المتعددة يصعب تمييز الأفعال التي ترتبت عليها الأموال القذرة خاصة عندما تختلط هذه الأموال بأخرى تم اكتسابها بطرق مشروعة[1] .

---

(١) د . عبد الكريم درويش : الجريمة المنظمة عبر الحدود والقارات : مجلة الأمن العام، كلية شرطة دبي، السنة الثالثة، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٥ ود. علي أحمد راغب : الأموال وجرائم المخدرات ، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ١٤٤ ، يناير ١٩٩٤ ، ص ٥٤ .

كما يتعين على سلطة الاتهام إقامة الدليل على أن الجاني الذي اقترف نشاط غسل الأموال كان يعلم بمصدرها غير المشروع .

وقد انعكست صعوبة إثبات الجريمة على فاعلية المتابعة القضائية لهذه الأنشطة غير المشروعة . ففي فرنسا وتحديدا عام ١٩٩٥ تم إبلاغ الجهاز المركزي TRACFIN بـ٥٦٨ عمليه مشبوهة ، تم تحويل ٣٠ منها إلى السلطات المختصة بالمتابعة القضائية ، وبلغت الأحكام الصادرة بالإدانة فيها أقل من ١٠ أحكام . وهذا المؤشر عام وتعاني منه كافة الدول حيث يتفق المسئولون عن مكافحة غسل الأموال بأن المشكلة الأساسية التي يعانون منها تكمن في صعوبة الوصول بأية قضية إلى منتهاها أمام القضاء بسبب صعوبة الإثبات . لذلك بدأت الدول تتبنى في تشريعاتها مبدأ تخفيف عبء الإثبات الذي يتجسد في الآتي[١و٢] :

١ - فيما يتعلق بإثبات العناصر المكونة للجريمة ، يفترض ارتكاب الفاعل للجريمة إذا لم يحترم واجباته المهنية ( التحقق من العميل ، حفظ المعلومات . . . )[٣] . فمنها يتم إثبات عدم تنفيذ الموظف لواجباته ، وعلى الفاعل أن يثبت أن هذا الخرق للالتزامات لم يكن بهدف تغطية عملية غسل للأموال .

---

(١و٢) J. F. THONY ET J. P. LABORDE : OP CIT , P 426

(٣) اخذ قانون لوكسمبورغ بهذا الحكم بشأن جريمة غسل الأموال ( المادة ٨ -١ من قانون ١٩/ ٢/ ١٩٧٣ المتعلق ببيع المواد الطبية ومكافحة المخدرات ، المعدلة بقانون ٧/ ٧/ ١٩٨٩م) .

٢- وفيما يتعلق بإثبات الركن المعنوي، فإن الجريمة لا تقوم إلا إذا كان الفاعل يعلم بأن الأموال محل الجريمة ذات مصدر غير مشروع. وفي هذا الشأن اتجهت بعض التشريعات إلى وضع قرينة مفادها مساءلة الجاني عن جريمة غسل الأموال مادام انه كان بإمكانه العلم بالمصدر غير المشروع للأموال ومن واجبه التحري والعلم بذلك. وهنا يتعين على سلطة الاتهام إثبات بعض الأفعال الموضوعية المعلومة من قبل الفاعل لامكان استخلاص استنتاجه بأن مصدرها غير مشروع.

وبناءً على ما تقدم فإنه يتعين على المشرع الإماراتي أن يأخذ بعين الاعتبار المشاكل التي عانت منها تشريعات أخرى سبقته في التطبيق، من حيث إثبات عناصر وأركان الجريمة، وذلك لضمان فاعلية تطبيق أحكام قانون تجريم غسل الأموال، ولا يتأتى ذلك إلا إذا تبنى التشريع الإماراتي مبادئ تخفيف عبء الإثبات على سلطة الاتهام وإلقاء عبء إثبات العكس على المتهم.

# الفصل الثاني
## مكافحة غسيل الأموال في التشريع الجنائي الدولي(١)

تعتبر الجريمة المنظمة ومنها جريمة غسل الأموال أحد أهم التحديات التي تواجه المجتمع الدولي، وقد تفاقمت هذه الظاهرة بالنظر إلى التطور التقني الهائل الذي شهده العالم في شتى المجالات خاصة في مجال الاتصالات والمواصلات وتقنية المعلومات. ولما كانت جريمة غسل الأموال من الجرائم الممتدة عبر الحدود الوطنية فان مكافحتها بفاعلية تقتضي تظافر جهود الدول على المستوى الوطني ثم تكاتفها لحشد الإمكانيات والجهود على المستوى الدولي.

ومنذ عام ١٩٨٨ تلاحقت عدد من الأدوات القانونية الدولية لتؤكد عزم المجتمع الدولي على مجابهة وملاحقة ظاهرة غسل الأموال بالفاعلية المطلوبة.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين : نخصص الأول للنصوص القانونية الدولية المتعلقة بمكافحة غسل الأموال، على أن نتعرض في المبحث الثاني للعوائق التي تعترض التشريع الجنائي الدولي في مجابهة هذه الظاهرة.

---

(١) J.F. THONY : Blanchiment de l argent de la drogue , les instruments internationaux de lutte, Rev. Juridique et politique, indépendance et coopération no 2 Avril, Août 1993 p 137.

# المبحث الأول
# النصوص القانونية الدولية لمكافحة غسل الأموال

يعد إعلان مبادئ " بال " Bale[1] المؤرخ في ٢١/ ١٢/ ١٩٨٨ أول وثيقة دولية لمكافحة غسل الأموال، حيث دعت البنوك إلى رفض إجراء تحويلات لعملاء يشتبه فيهم، وعدم مساعدة المنظمات الإجرامية برفض إجراء عمليات مشبوهة لحسابها. وعموما سوف نقتصر على تناول اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ لأهميتها وكذلك التوصيات التي أصدرها فريق العمل المالي المعني بغسيل الأموال المنبثق عن مجموعة الدول السبع الصناعية الكبرى في اجتماعها لعام ١٩٨٩ وبعض من النصوص الدولية الأخرى.

## المطلب الأول
## مكافحة اتفاقية فيينا لغسيل الأموال

طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من المجلس الاقتصادي والاجتماعي ضرورة إعداد مشروع اتفاقية تتناول ظاهرة الاتجار في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، وانتهى الأمر إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية والتي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة في فيينا بتاريخ

---

(١) صدرت هذه الوثيقة عن لجنة الأحكام والممارسات الخاصة بمراقبة الأعمال البنكية للبلدان التي تشكل مجموعة العشر وهي : ألمانيا، بلجيكا، كندا، الولايات المتحدة، فرنسا، إيطاليا، اليابان، هولندا، بريطانيا، السويد وسويسرا.

١٩/ ١٢/ ١٩٨٨[1] . وعلى الرغم من كون أحكام هذه المعاهدة تقتصر على غسل الأموال المتحصلة من جرائم الاتجار في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، إلا أن أهميتها تكمن في أنها خطوة هامة وجماعية تعبر عن إرادة المجتمع الدولي في مكافحة غسل الأموال .

**أولا : صور نشاط غسيل الأموال في اتفاقية فيينا :**

هناك ثلاث صور للسلوك المكون لجريمة غسل الأموال نصت عليها المادة ٣/ ١ (أ) وهي :

١- تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها متحصلة من جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو أي فعل من أفعال الاتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع، أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجرائم على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله[2] .

٢- إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طرق التصرف فيها، أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، أو ملكيتها مع العلم بأنها متحصلة

---

(١) انضمت إلى هذه المعاهدة حتى ١/ ٥/ ١٩٩٧ حوالي ١٤٠ دولة، من بينها دولة الإمارات العربية المتحدة التي صادقت عليها بمقتضى المرسوم الاتحادي رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠م.

(٢) تتمثل الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٣) من الاتفاقية في : إنتاج أي مخدرات أو مؤثرات عقلية ، أو صنعها أو استخرجها، أو تحضيرها، أو عرضها، أو عرضها للبيع، أو توزيعها أو بيعها، أو تسليمها بأي وجه كان، أو السمسرة فيها، أو إرسالها، أو نقاها أو استيرادها، أو تصديرها . انظر : Money Laundering Convention من منشورات معهد الدراسات المصرفية ( الكويت ١٩٩٨ ) ، ص ٢٨ - ٢٩ وكذلك Olivier Jerez : Le blanchiment de l argent, p 255.

عن جريمة أو جرائم منصوص عليها في الفقرة (أ) أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في هذه الجرائم .

٣- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت تسلمها أنها مستمدة من جريمة من الجرائم السابقة أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم .

ويتعين الإشارة هنا إلى توسع الاتفاقية في تعريف متحصلات الجرائم والأموال محل الغسيل فالمقصود " بالمتحصلات " تلك الأموال التي تم الحصول عليها بطريق مباشر وغير مباشر من ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (٣). ويقصد " بالأموال " الأصول أيا كان نوعها، مادية كانت أو غير مادية، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تملك الأصول أو أي حق متعلق بها .

ووفقا للمادة (٣) فقرة (١) من الاتفاقية فان جريمة غسيل الأموال جريمة عمدية فلا يتصور وقوعها بطريق الإهمال أو الخطأ، كما يلاحظ أن الاتفاقية جعلت من اكتساب أو استخدام عوائد النشاط غير المشروع جريمة وقتية ، حيث اشترطت توافر العلم بالمصدر غير المشروع للأموال في الوقت الذي يتم فيه تسليمها .

**ثانيا : الجزاءات والتدابير في اتفاقية فيينا :**

نصت اتفاقية فيينا على الجزاءات الجنائية والتدابير العلاجية، حيث أوجبت على كل طرف فيها أن يخضع ارتكاب الجرائم المنصوص عليها سابقا والتي تشمل

نشاط غسيل الأموال لجزاءات تراعي فيها جسامة هذه الجرائم كالسجن أو غيره من العقوبات السالبة للحرية والغرامة المالية والمصادرة[1]. كما أجازت إخضاع مرتكبي الجرائم المذكورة إلى جانب العقوبة لتدابير كالعلاج أو التوعية أو الرعاية اللاحقة أو إعادة التأهيل. كما أجازت في بعض الحالات للأطراف أن تقرر بدلا من العقوبة تدابير مثل التوعية أو إعادة الإدماج في المجتمع إذا قدرت ملاءمة ذلك.

وقد أولت اتفاقية فيينا أهمية خاصة لعقوبة المصادرة باعتبارها الجزاء الفعال في مكافحة غسل الأموال، فدعت الأطراف إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لمصادرة المتحصلات المستمدة من الجرائم المنصوص عليها سابقا أو الأموال التي تعادل قيمتها قيمة المتحصلات المذكورة[2].

**ثالثا: الجوانب الإجرائية لمكافحة غسيل الأموال في اتفاقية فيينا:**

غالباً ما تكون جريمة غسل الأموال ذات طابع دولي، لذلك أولت اتفاقية فيينا التعاون الدولي أهمية بالغة بهدف ملاحقة جرائم غسيل الأموال، كما دعت إلى تطويع مبدأ سرية الحسابات المصرفية حتى لا تقف عائقا دون ملاحقة مرتكبي نشاط غسل الأموال.

ولما كانت عناصر جريمة غسل الأموال تتوزع غالبا بين أكثر من دولة، فإنه يتعين وضع معايير متكاملة لتقرير الاختصاص القضائي على نحو لا يدع هذا النشاط المعقد يفلت من العقاب. وفي هذا الخصوص أخذت اتفاقية فيينا في المادة (٤) بمبدأ

(١) نص المادة ٣/ ٤ أ من الاتفاقية.

(٢) نص المادة ٥/ ١أ من الاتفاقية.

الإقليمية فأوجبت على كل طرف فيها أن يتخذ ما يلزم من تدابير لتقرير اختصاصه القضائي عندما ترتكب الجريمة على إقليمه أو على متن سفينة ترفع علمه أو طائرة مسجلة بمقتضى قوانينه . وأخذت كذلك بمبدأ الشخصية عندما أجازت لكل طرف أن يقرر اختصاصه القضائي عندما يرتكب الجريمة أحد مواطنيه . كما أقرت مبدأ العالمية حيث أجازت انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد في إقليمها المحل المعتاد للشخص الذي يرتكب الجريمة(1) .

وفي مجال تسليم المجرمين، فقد خولت الاتفاقية للدولة المطلوب فيها التسليم سلطة تقديرية في رفض طلب التسليم إذا وجد ما يدعو إلى الاعتقاد بأن الاستجابة لطلب التسليم من شأنه ملاحقة أو معاقبة شخص ما على أساس عرقي أو ديني أو بسبب جنسيته أو معتقداته السياسية(2) . ولما كان عدم التسليم قد يؤدي إلى إفلات المجرم من العقاب، فقد خولت الاتفاقية الدولة المطلوب فيها التسليم سلطة تنفيذ العقوبات على الشخص المطلوب تسليمه إذا رفضت تسليمه . أما إذا كان رفض التسليم يقوم على أساس أن الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الدولة المطلوب فيها التسليم، فلهذه الأخيرة سلطة تنفيذ العقوبة على المتهم بشرط أن يتم ذلك بناء على طلب الدولة طالبة التسليم وأن يسمح قانون الدولة المطلوب فيها التسليم بذلك، وأن يتعلق الأمر بتنفيذ عقوبة محكوم بها بموجب قانون الدولة طالبة التسليم أو ما تبقى من تلك العقوبة .

(1) نص المادة ٤ / ١ أ من الاتفاقية .

(2) نص المادة (٦) من الاتفاقية .

## المطلب الثاني
## نصوص دولية أخرى بشأن مكافحة غسل الأموال

### أولاً - توصيات لجنة العمل المالي :

أنشأ أعضاء مجلس الدول الصناعية الكبرى المجتمعين في باريس عام ١٩٨٩ فريق عمل مالي يطلق عليه[١] financial action task force لمواجهة ظاهرة غسيل الأموال وخاصة تلك المتحصلة من الاتجار في المخدرات . وقد انضمت إلى هذا الفريق دول أخرى حيث بلغ عددهم ٢٨ دولة[٢] . ويعد هذا الفريق الجهاز الدولي الوحيد المختص بمكافحة نشاط غسل الأموال المتحصلة من كافة الجرائم الخطيرة وليس من جرائم الاتجار في المخدرات فقط . وفي أبريل ١٩٩٠ أقرت اللجنة أربعين توصية رفعتها إلى رؤساء مجموعة الدول السبع هدفها تحسين الأنظمة القانونية الوطنية ، تدعيم دور النظام المالي وتعزيز التعاون بين الدول في هذا الخصوص .

وتعمل اللجنة على تقييم الإجراءات والتدابير المعمول بها في الدول الأعضاء بشأن مكافحة غسل الأموال للتأكد من مدى فاعليتها . ولقد اكتسبت هذه اللجنة سلطة معنوية باعتباره جهاز لمراقبة الأنظمة الدولية المتعلقة بغسل الأموال[٣] .

---

(١) تحدد عمل اللجنة لمدة ٥ سنوات ١٩٩٠ - ١٩٩٤ وجدد لها عملها لمدة ٥ سنوات أخرى ١٩٩٥-١٩٩٩ . أنظر أعمال لجنة العمل المالي ، د. عصام إبراهيم الترساوي : غسيل الأموال دولياً . . . إقليمياً . . . محلياً . . . ، كتاب الأهرام الاقتصادي مارس ١٩٩٧ ، ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) من بين أعضاء هذا الفريق مجلس التعاون لدول الخليج العربي .

(٣) J. F. THONY et J. P. LABODE : op cit, p 421 et 422.

وعلى العموم فإنه يمكن رد الأحكام التي تضمنتها التوصيات الأربعون التي أصدرتها لجنة العمل المعنية بالإجراءات المالية عام ١٩٩٠ وجعلتها قاعدة لمكافحة غسل الأموال إلى الآتي[١] : -

١- ضرورة تجريم نشاط غسل الأموال في القوانين الوطنية.

٢- رفع السرية عن أعمال البنوك.

٣- تعزيز دور النظام المالي.

٤- تدعيم المساعدة المتبادلة بين الدول في مكافحة نشاط غسيل الأموال.

**ثانيا: اتفاقية المجلس الأوربي المؤرخة في ١٩٩٠/١١/٨ المعروفة باتفاقية ستراسبورغ بشأن غسل وحجز ومصادرة الأموال المتحصلة من جريمة:**

فقد استعارت هذه الاتفاقية بالتعريف القانوني لغسل الأموال من اتفاقية فيينا غير أنها وسعت من نطاقه ليشمل كل الأموال الناجمة عن أية جريمة. كما أخذت هذه الاتفاقية بالتدابير الوقائية التي نص عليها إعلان بال Bale وتوصيات لجنة العمل التي أنشأتها مجموعة الدول السبع F.A.T.F، وأخذت أيضا بأحكام اتفاقية الأمم المتحدة حول التعاون الدولي بشأن المصادرة.

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية هي الوثيقة الدولية الوحيدة التي تتضمن نظاماً متكاملا لمكافحة غسل الأموال إلا أنها لم يصادق عليها إلا عدد محدود من الدول[٢].

(١) لمزيد من التفصيل انظر د. إبراهيم عيد نايل : المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) تم التوقيع عليها من قبل ٢٤ دولة ولم تصادق عليها سوى ١٤ دولة حتى ١٩٩٧/٥/١.

وسيراً في هذا الاتجاه أصدر مجلس الاتحاد الأوروبي قراره رقم ٩١/ ٣٠٨ بتاريخ ١٠/ ٦/ ١٩٩١ لمنع استخدام النظام المالي لأغراض غسل الأموال، ولذلك نص على أن يتضمن القانون الوضعي الأوربي أحكام النصوص الدولية السابقة، وألزم دول المجلس بإرساء نظام الإبلاغ الإجباري من قبل الماليين المختصين عن التحويلات والعمليات التي يشتبه في اتصالها بغسل الأموال.

**ثالثا : مجموعة إجمون Groupe Egmont :**[1]

يعتبر إنشاء هذه المجموعة خطوة نحو تعزيز التعاون الدولي بشأن مكافحة غسل الأموال. وتضم هذه المجموعة الأجهزة الوطنية المكلفة بمكافحة غسل الأموال، وتعمل على دراسة الوسائل الكفيلة بتيسير تبادل المعلومات بين الأجهزة المعنية، وتجاوز العقبات القانونية التي تعوق أو تؤخر تبادل هذه المعلومات.

---

(١) عقد أول اجتماع دولي للأجهزة المكلفة بغسل الأموال في بروكسل بتاريخ ٩/ ٦/ ١٩٩٥، وانعقد الاجتماع الثاني في باريس بتاريخ ٣٠/ ١١/ ١٩٩٥، أما الاجتماع الثالث فقد عقد في سان فرانسسكو في ٢٢ - ٢٣/ ٤/ ١٩٩٦. انظر في هذا الشأن J.E. Schutte : la regionalisation du droit penal international et la protection des droits de l homme dans les procedures de cooperation internationale en matiere penale, revue inter. De droit penal, 1994, 1-2 p 21.

## المبحث الثاني
## عوائق مكافحة التشريع الجنائي الدولي لجريمة غسل الأموال

على الرغم من الجهود الكبيرة المبذولة في نطاق القوانين الجنائية الوطنية وعلى مستوى التشريع الجنائي الدولي لمكافحة ظاهرة غسيل الأموال، إلا انه مازال يشوب هذه المكافحة على المستوى الدولي العديد من مواطن القصور[1] وذلك لوجود عوائق مختلفة تعترض هذه المجابهة يتعين الوقوف عندها للتوصل إلى كيفية تجاوزها . ويمكن إجمال هذه العوائق في الآتي :

**أولاً: قصور قواعد الاختصاص الجنائي الدولي :** إن الدولة التي تم فيها إيداع أموال أو متحصلات جريمة من الجرائم أو إخفاؤها أو استثمارها ، قد لا تخولها قواعد الاختصاص سلطة ملاحقة هذه الأموال أو المتحصلات لان الجريمة الأصلية مصدر هذه الأموال لم ترتكب فوق إقليمها . ولسد هذه الثغرة يتعين أن تقوم دول العالم بتجريم غسل الأموال المتحصلة من الجرائم كجريمة مستقلة يكفي اقترافها على إقليم الدولة لانعقاد الاختصاص لها بنظر هذه الجريمة ومعاقبة مرتكبيها بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة الأصلية المتحصل منها الأموال غير المشروعة محل جريمة الغسيل .

---

(١) مارلين بي بيترسون، ترجمة الأستاذ ماهر ديناوي : غسيل الأموال . . . جرائم عابرة، مجلة الأمن، العدد ٣١١، السنة ٦٢ ، ديسمبر ٢٠٠٠م.

ويتطلب إعمال هذا الحل قيام تعاون دولي فعال بين جريمة الأموال غير المشروعة ودولة جريمة الغسيل، على أن يشمل هذا التعاون تقديم المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والإجراءات القضائية المختلفة، من ذلك تبادل المعلومات وشهادة الأشخاص، وكشف طبيعة الأموال أو المتحصلات الناتجة عن الجريمة.

**ثانيا :** هناك صور يتصور فيها حدوث تنازع إيجابي في الاختصاص بين محاكم أكثر من دولة لملاحقة ذات النشاط الإجرامي. فمعظم القوانين الجنائية الوطنية تأخذ بمبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية بشقيه الإيجابي والسلبي، فضلا على ذلك فإن هناك جرائم يتوزع فيها الفعل المادي للجريمة في إقليم اكثر من دولة، فتحتج كل منها بسلطتها في معاقبة الفاعل. كما أن بعض صور الجرائم المنظمة تثير تنازعا في الاختصاص إذا تطلب نموذجها القانوني وقوع نشاط أصلي (كالاتجار في المخدرات) ونشاط تبعي ( كغسل أموال المخدرات )، فقد يقع النشاط الأصلي في دولة ويقع النشاط التبعي في دولة أخرى فمن يختص منهما بملاحقة جريمة غسل الأموال؟

ولحل هذا التنازع في الاختصاص بين أكثر من دولة يمكن اللجوء إلى الآتي[1] : -

١ - إعطاء الأولوية لأي من الدول المتنازعة وفق معايير الاختصاص الأكثر فاعلية في ملاحقة الجريمة، ويبدو مبدأ الإقليمية هو الأرجح، فالدولة التي تقع في إقليمها الجريمة كلها أو الجزء الأكبر من النشاط المكون لركنها المادي، أو النشاط التبعي كله أو الدولة التي توجد بها متحصلات الجريمة تبدو اكثر اختصاصا بملاحقة الجريمة

(١) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ١١١ و١١٢ .

ومعاقبة مرتكبيها، لأنه من الناحية العملية حيث تقع الجريمة توجد أدلة الإثبات ويصبح من المتيسر إظهار الحقيقة وإجراء الملاحقة الفعالة .

ويلي مبدأ الإقليمية من حيث الأهمية مبدأ العالمية إذ من الملائم منح الاختصاص لدولة مكان القبض على المتهم، دون الاعتداد بمكان الجريمة، أو بجنسية الفاعل أو جنسية المجني عليه، خاصة عندما يتوزع النشاط المكون للركن المادي للجريمة في أكثر من دولة .

وإذا لم يتيسر ملاحقة المتهم وفقا للمعايير السابقة فإنه يتعين اللجوء إلى مبدأ الشخصية في شقه الإيجابي، فيكون من حق الدولة التي يحمل مرتكب الجريمة جنسيتها الاختصاص بنظر الجريمة .

٢- تدعيم الملاحقة القضائية للحيلولة دون إفلات مرتكب الجريمة من الملاحقة، ويقتضي ذلك الاعتراف بإمكانية إحالة الدعوى الجنائية عن الجريمة المرتكبة في دولة إلى أخرى، وضرورة تبادل المساعدة القانونية بين الدول فيما يتعلق بتبادل الأدلة والحصول على شهادات الأشخاص واللجوء إلى الإنابة القضائية . ولا يتأتى ذلك كله دون الاتفاقات الدولية التي يتعين إبرامها بين الدول لمكافحة الجريمة المنظمة .

وفضلاً على التنازع الإيجابي في الاختصاص ، فقد يتصور وجود تنازع سلبي في الاختصاص، فقد يقع غسل الأموال في دولة لا تعتبره جريمة مستقلة ، فلا تختص بملاحقته لان أفعال الاشتراك تتبع لقانون مكان وقوع الفعل الأصلي . وفي ذات الوقت فان الدولة التي وقعت فيها الجريمة الأصلية، قد تجد نفسها غير مختصة

بنظر جريمة غسل الأموال إذا كانت تجرم الفعل باعتباره جريمة مستقلة . وفي هذه الصورة يتعين حل هذا التنازع السلبي باعتناق مبدأ العالمية الذي يمنح لدولة مكان القبض على المتهم سلطة ملاحقته .

**ثالثا :** إذا وقعت جريمة غسيل الأموال واستخدام متحصلات الجريمة في دولة غير تلك التي وقعت في إقليمها النشاط الإجرامي مصدر هذه الأموال ، فانه يتعين لملاحقة المتهمين عن جريمة غسيل الأموال إثبات بمقتضى حكم قضائي جريمة النشاط الإجرامي الأصلي - فما مدى الاعتراف بحجية الحكم الجنائي الصادر في دولة معينة أما محاكم دولة أخرى؟[1] للرد على هذا التساؤل يتعين التمي بين فرضين :

١-أن تكون الجريمة الواقعة في إقليم الدولة الأخرى لم يحكم فيها نهائيا لأسباب مختلفة مثل فرار المتهم بارتكاب الجريمة . ويختلف الحل هنا في القانون الوطني عنه في القانون الجنائي الدولي . فإذا كانت محاكمة الشريك ممكنة وفق القانون الجنائي الوطني وان لم يصدر حكم نهائي في حق الفاعل الأصلي لفراره مثلا ، فالحكم يختلف في القانون الجنائي الدولي حيث تقتضي ملاحقة المتهم عن جريمة دولية مرتبطة بجريمة أخرى وقعت في دولة أخرى ، صدور حكم نهائي في الجريمة الواقعة في الدولة الأخرى ، أي ثبوت الجريمة قانونا في حقه .

٢-أن تكون الجريمة الواقعة في دولة أخرى قد صدر فيها حكم نهائي ويتم إنكار حجيته : يوجد رأي تقليدي يرى عدم جواز الأخذ بحكم جنائي أجنبي على إقليم دولة أخرى أي ضرورة تلازم السيادتين التشريعية والقضائية لكل دولة .

(١) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة ، ص ١١٨ وما بعدها .

إلا أن انتشار الجريمة المنظمة وضرورة مكافحتها بفاعلية من قبل كافة الدول تقتضي الاعتراف داخل الحدود الوطنية بحجية الأحكام الجنائية الصادرة في دولة أخرى طالما كان ذلك لازما لضمان الملاحقة الجنائية للجريمة الدولية. إلا أن هناك ضوابط يتعين التقيد بها في هذا الخصوص لضمان فاعلية الملاحقة الجنائية من جهة واحترام المبادئ المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد، وتتمثل هذه الضوابط في الآتي[1] : -

- يجب أن يكون الحكم الجنائي حكماً باتاً وغير قابل للطعن فيه.
- أن تكون حجية الحكم أمام قضاء دولة أخرى مشروطة بمطابقته للقواعد العامة في الاختصاص في هذه الدولة.
- إن صدور الحكم الجنائي بالإدانة مؤكدا وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم كاف للاعتراف به في دولة أخرى.
- إن انقضاء الدعوى الجنائية عن الجريمة المنظمة في دولة ما بطريق التقادم لا يحول دون ملاحقة المتهم أو غيره من المساهمين معه في الجريمة في دولة أخرى ويمكن الأخذ بهذا الحل فيما يتعلق بتقادم العقوبة نفسها.

**رابعا :** فيما يتعلق بإثبات الجريمة الأولية كجريمة الاتجار في المخدرات أمام سلطات الدولة التي يتم فيها نشاط غسل متحصلات هذه الجريمة. فثمة دول تجرم وتعاقب على صور عديدة ومتنوعة لأنشطة المخدرات مثلا، بينما لا تعاقب دول أخرى إلا على بعض هذه الصور، ومن شأن ذلك عرقلة أو الحد من إمكانية ملاحقة

(١) د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة، ص ١٦٢ .

جرائم الغسيل في دولة أخرى . لذلك ينبغي تحقيق أكبر قدر من التنسيق والتناغم بشأن القاعد الجنائية الوطنية الخاصة بالجرائم المنظمة لامكان ملاحقتها بفاعلية .

# الخاتمة

لقد أصبح تجريم وملاحقة نشاط غسل الأموال ذات المصدر غير المشروع ضرورة ملحة نظرا للآثار الوخيمة لهذا النشاط على المستويين الوطني والدولي[1]. وإذ خلصنا بحمدالله من دراسة موضوع السياسة الجنائية في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في ضوء أحكام القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال -دراسة مقارنة- فإنه يتعين تسجيل ما توصلت إليه دراستنا من نتائج وتوصيات نجملها في الآتي :

أولاً : ضرورة تجريم إخلال الموظفين العاملين في المنشآت المالية والاقتصادية والتجارية بواجب اليقظة والمراقبة لدفعهم إلى بذل المزيد من العناية للتحقق من مصدر الأموال المتداولة . وكذلك تجريم التقاعس والإهمال الذي يبلغ درجة من الجسامة في تبليغ الجهة المختصة عن العمليات المشبوهة .

ثانياً : أغفل المشرع الإماراتي النص على كيفية إصلاح الضرر الذي يلحق الغير والمترتب على تنفيذ المؤسسات المالية وغير المالية لالتزامها بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة . مع أن بعض التشريعات ومنها التشريع الفرنسي نص على تحمل الدولة لقيمة التعويض في هذه الحالة .

---

(١) د. أحمد محمد كريز : مخاطر غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني، صور تطبيقية لغسيل الأموال في البلاد العربية وغيرها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ١٩٩٨، ص٥ .

ثالثاً : يلاحظ توسع المشرع الإماراتي في تجريم غسل الأموال ويظهر ذلك خاصة على مستوى الركن المادي. وإن كان هذا التوسع محمودا للإحاطة بمختلف صور غسيل الأموال إلى أنه ينطوي في ذات الوقت على مخاطر إفلات بعض هذه الصور من العقاب. فمسلك المشرع الإماراتي ينطوي على غلو في تحديد صور الركن المادي حيث عدد صورا للركن المادي تستوعب صورا أخرى وتتداخل معها، لذلك يتعين مراجعتها وإعادة صياغتها بالدقة اللازمة.

رابعاً : لم يتضمن القانون الإماراتي نصاً يعاقب على الشروع في الجريمة مما يعني خضوعها للقواعد العامة التي تحكم الشروع والتي تقتضي وجود نص يعاقب على الشروع في الجنح، ومن ثم فإنه يتعين أن يأخذ المشرع خطورة هذه الجريمة بعين الاعتبار ويعاقب على الشروع فيها بذات عقوبة الجريمة التامة.

خامساً : ضرورة تشديد عقوبة جريمة غسل الأموال إذ توافرت ظروف معينة من ذلك على سبيل المثال : -

أ- ارتكاب الجريمة باستخدام وسائل معينة من ذلك الوسائل المستندة إلى نشاط مهني معين.

ب- ارتكاب الجريمة بواسطة جماعة منظمة.

سادساً : وجوب وضع ضوابط معينة تتعلق بالطلب المقدم من السلطة القضائية الأجنبية المنصوص عليه في المادة (٢١) من القانون الإماراتي ومن الضوابط التي نقترحها : -

أ - ألا يكون تنفيذه يمثل اعتداء على النظام العام في الدولة .

ب - ألا تكون الوقائع موضوع الطلب محلا لملاحقة قضائية أو صدر بشأنها حكم بات على إقليم الدولة .

ج - أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر في ظروف تتوافر فيها ضمانات حق الدفاع .

سابعاً : نص المشرع الإماراتي في المادة (٢٢) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ على جواز الاعتراف بحكم أو أمر قضائي ينص على مصادرة أموال متعلقة بجرائم غسل الأموال، على انه يتعين تحديد السلطة التي تتولى الاعتراف بهذا الحكم أو الأمر القضائي كما يتعين وضع شروط معينة ينص عليها القانون لتنفيذ الحكم الأجنبي بالمصادرة وفق ما ورد في صلب هذا البحث .

ثامناً : يتعين على المشرع الإماراتي أن يأخذ بعين الاعتبار صعوبة إثبات جريمة غسل الأموال فيتجه إلى تبني مبادئ تخفيف عبء الإثبات على سلطة الاتهام لامكان تطبيق أحكام القانون بفاعلية، على النحو المذكور في صلب هذه الدراسة .

تاسعاً : أما على صعيد مواجهة ظاهرة غسيل الأموال في القانون الجنائي الدولي، فقد تطرقنا لأحكام عدد من النصوص الدولية ولاحظنا أن اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٨ رغم أهميتها إلا أن نصوصها قاصرة على مكافحة ظاهرة غسل الأموال المتحصلة عن الاتجار في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية وحدها، ولا تطال الأموال المغسولة إذا كانت متحصلة من جريمة أخرى منظمة، فضلاً على ذلك فإن الأحكام التي

توصل إليها فريق العمل المالي لعام ١٩٩٠ هي مجرد توصيات ليس لها طابع الإلزام لذلك يتعين حشد الجهود لإبرام اتفاقية دولية جديدة تواجه نشاط غسيل الأموال المتحصلة من كافة الجرائم المنظمة .

عاشراً : علاج قصور الاختصاص الجنائي الدولي وذلك باعتبار كل دولة وقع على إقليمها غسيل الأموال مختصة بملاحقة الجناة . ويقتضي ذلك تجريم غسيل الأموال بوصفه جريمة مستقلة من ناحية وقيام تعاون دولي وثيق بين الأطراف المعنية بهذا النشاط الإجرامي في مراحل الاستدلالات والتحقيقات والمحاكمة .

حادي عشر : يجب الاعتراف بحجية الحكم الجنائي الصادر في جريمة منظمة في دولة معينة أمام محاكم الدول الأخرى خاصة الدول التي ترتكب في إقليمها عمليات غسل الأموال أو أحد العناصر المكونة لهذه العمليات ، على أن يكون هذا الاعتراف بضوابط واضحة يحددها القانون .

**تم بحمد الله**

# قائمة المراجع

## أولاً- باللغة العربية :

### أ- المراجع العامة والكتب المتخصصة :

١- د. إبراهيم عيد نايل : المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ .

٢- أحمد محمد كزيز : مخاطر غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني ، صور تطبيقية . لغسيل الأموال في البلاد العربية وغيرها ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية .

٣- د. جلال وفاء محمدين : دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ٢٠٠١ .

٤- د. سليمان عبد المنعم : مسؤولية المصرف الجنائي عن الأموال غير النظيفة ، ظاهرة غسيل الأموال ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ١٩٩٩ .

٥- د. عبد الأحد جمال الدين : النظرية العامة للجريمة ٦١٩٩ .

٦- د. عبد الفتاح الصيفي : المطابقة في مجال التجريم ، محاولة فقهية لوضع نظرية للمطابقة ، دار النهضة العربية ١٩٩١ .

٧- د. عصام إبراهيم الترساوي : غسيل الأموال دولياً . . إقليمياً . . محلياً ، كتاب الأهرام الاقتصادي مارس ١٩٩٧ .

٨- عصام محمد أحمد : مكافحة غسيل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي .

٩- د. علي أحمد راغب : السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة ، القاهرة ١٩٩٢ .

١٠- د. فتيحة محمد قوراري : المساهمة التبعية في قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ٢٠٠٠.

١١- د. محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣ .

**ب- الأبحاث والمقالات :**

١- الأستاذ أحمد مفيد السامرائي : غسيل الأموال إلكترونياً ، هل تستطيع F.A.T.F مواجهتها ، جريدة الخليج الإماراتية، العدد ٨٠٨١ بتاريخ ٢٠٠١/٧/٤.

٢- د. سليمان عبد المنعم : في ظاهرة غسيل الأموال غير النظيفة ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، تموز ١٩٩٨ .

٣- د. عبد الرحيم صدقي : غسيل الأموال جريمة دولية ، مجلة الشرطي ، العدد ٧، السنة ١٤ ، أكتوبر ٢٠٠١ .

٤- د. عبد الكريم درويش : الجريمة المنظمة عبر الحدود والقارات ، مجلة الأمن العام، كلية شرطة دبي ، العدد ٢ ، السنة ١٣ ، يوليو ١٩٩٥ .

٥- د. علي أحمد راغب : الأموال وجرائم المخدرات ، مجلة الأمن العام المجلة العربية لعلوم الشرطة ، العدد ١٤٤ ، يناير ١٩٩٤ .

٦- مارلين بي بيترسون ترجمة ماهر ديناوي : غسيل الأموال ، جرائم عابرة ، مجلة الأمن ، العدد ٣١١ ، السنة ٦٢ ، ديسمبر ٢٠٠٠ .

## ثانياً- باللغة الأجنبية :


1- **COSSON** : Les delits en matiere de banque et d`etablissements financieres , revue de sciences criminelles et de droit penal compare 1973.
2- **FRANCOIS LE GUNEHEC** : premier apercu des dispositions penales de la loi No 96. 392 du 13 mai 1996 relative a la lutte contre le blanchiment et le traffic des stupefiants , la semaine juridique , No 27 , 1999 .
3- **JACQUELINE RIFFAULT** : Le blanchiment des capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit compare , revue de sciences criminelles et de droit penal compare, No 2, Avril - Juin 1999.
4- **JEAN FRANCOIS THONY** : Blanchiment de l`argent de la drogue , les instruments internationaux de lutte , revue juridique et politique , independence et cooperation , No 2, Avril - Aout 1993.
5- **JEAN FRANCOIS THONY** : Les mecanismes de traitement de L`information financiere en matiere de blanchiment , revue de droit penal et criminologie , No 11, 1999.
6- **JEAN FRANCOIS THONY et JEAN PAUL LABORDE:** Criminalite organisee et blanchiment, revue internationale de droit penal, volume 68.
7- **J.E. Schutte** : la regionalisation du droit penal international et la protection des droits de l`homme dans les procedures de cooperation internationale en metiere penale, revue internationale de droit penal 1999.

8- **J.PARDON:** le blanchiment de l`argent : aspects internationaux in banque et droit , 1991.
9- **PIERRE KOPP** : L`economie de blanchiment , association d`economic financierc 1995.
10- **STEFANO MANACORDA** : la reglementation du blanchiment de capitaux en droit international : les coordonnees du systeme , revue de sciences criminelles , No 2 , Avril - Juin 1999.
11- **OLIVIER JEREZ** : le blanchiment de l àrgent , banque editeur.

# Criminal policy in Fighting money laundry phenomenon

by

**Dr. fateha Qurarie**

sharja Univereisty Faculty of Law,

Money laundry and all activities relating to have become a very dangerous phenomenon on both the national and international level. It is of a high importance to trace this phenomenon and specify the precautionary arrangements and the responsibility arising from all actions facilitating money laundry, and their nature in the local criminal law and in the international criminal laws through the provisions regulating to money laundry.

This search focuses also on impediments encounter legislations in this field, such as lack of rules regulating international criminal competence, positive conflict of competence between courts tracing this activity, territorial extension of these crimes and all problems regarding evidence of primary crimes, such as dealing with drugs, in front of authorities of the state where the outcomes of this crime take place.

# Comments on provisions of tort in Iraqi Civil Law

by

**Dr. galil Hassan AL-saadi**

Univereisty of weddan, Faculty of Law, libya

Iraqi Civil Law number 40 of 1951 has some rules driven from Islamic Law and some others from foreign legislations.

. Despite that, law has some defects relating basically to drafting some of its articles from one hand, and from another hand some recourses of this law were improper.

This search contains some comments on rules dealing with tort. Some comments concern with tort of personal actions, some other comments concern with tort of a third party action which has been regulated by law in three articles divided into two places.

Study deals as well with some comments on liability of things which has been prescribed by the Iraqi legislator in four controversial places.

# Pleas of Joint sureties, a comparative study

by


## Dr. Mohammed Ibraheem Bendari

United Arab Emirates Univereisty Faculty of Sharia & Law



Joint surityship has been playing a very important role nowadays. It has some advantages that do not exist in different types of surityships. This search concerns with the Joint surityship; definition, importance and all pleas relating to obligations through different applications.

The study focuses as well on the pleas of the different sureties when they lose pensions, and all pleas relating to negligence of creditors.

This search is a comparative one, it examines the aforementioned issue in Egyptian, French and Emiratian laws, it reaches some important results in this field.

# Features of AL Katae and Al than concepts in lmam El-Shafie doctrine

by

**Dr. samie AL salahat**
Zayed Univereisty Faculty of Arts and sainse

This study is a serious attempt to analyze methods dealing with Islamic provisions and rules, through a precise definition to the concept of "Al katae" absolute and "Al than" suspicion and their synonyms in Islamic studies.

This search concerns with the doctrine of El-Shafie imam from two sides:

- Role of El-Shafie in updating Islamic doctrine in his age.
- The special method of El-Shafie in dealing with religious provision either driven from his own behavior or from books and studies of his followers and all who benefited from his studies.

Researcher tries through this study to specify the reasons that encouraged El-Shafie to study these religious issues and the functions of "Al katae" and "Al than" in his researches with focus on additions and corrections had been achieved by El-Shafie imam and all reached results thereby.

Inspection is a very effective device to prove all illegality aspects relating to challenged decisions. Practically, administrative courts use inspection as a tool to evaluate all facts that constitute their decisions.

# Ispection as means of evidence for illegality of challenged decision

by

**prof. ali khattar shatnawi**
jordan Univereisty Faculty of Law

Evidence of illegality of challenged decision is deemed one of the most important subjects, because right has no value unless it is protected by law against any outrage upon him.

This study concerns with difficulties that face evidence of illegality of challenged decisions, and all reasons might be behind these difficulties such as maintenance of administration to all written documents or lack of cooperation between administration and administrative courts.

Inspection is a direct means of evidence, it is clearly connected with all facts required to be proved. French, Jordanian and Egyptian Courts have adopted it as a means of evidence in revocation disputes. Inspection differs from technical experience in different aspects. Inspection may be practical in all fields according to the administrative doctrine and courts.

Inspection is executed by one of two methods:
1- Inspection without any technical experts.
2- Inspection with help of technical experts.

Both of these ways require some conditions to be valid in accordance with law.

# Banking supervision on the Financial status of opening account demander

by

**prof. faeiq mahmood AL-shamma'e**
ALyarmook Univereisty Faculty of Law,

Opening a banking account has become a widespread phenomenon. Number of people who open accounts has increased over the past few years due to the advantages of this operation. However, on the other hand, there are lots of risks which are indispensably connected with this operation.

This study concerns with ability of the bank to supervise financial status of the customers. It firstly deals with legal base of banking supervision on the personal status of the account holders, and legal justifications of this supervision.

The study deals as well with the extension of duty of the bank to control personal status of the account holders.

Vast majority of Arabic legislations, if not all, did not regulate the legal scope of banking supervision or personal status of their customers.

On the contrary, French law and banking custom require some details to be written in the application of the account holder, among these details; identity, domicile, profession and reputation.



any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

10- Contributions should be typed on computer. Three copies shouldbe sent to the editorial board of the journal along with one copy on a flopy disk.
11- Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications.
12- A- one- page abstract should be submitted with the research.
13- All contributions are subject to confidential review by outside referees.
14- Decision taken about suitability of articles for publication shall be communicated to authors within a maximum period of three months from the receipt date.
15- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .
16- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

    **a**-the importonce of the topic to UAE society.

    **b**-Date of receipt .

    c-Diversity of topics and writers.

**(b) Publishing Rules :**

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and law.

2 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of researchreferences and footnotes should be cited properly .

3- The researches which embody Quranic quotations or prophetic sayings are required to be properly marked and clearly written.

4 - Contributions should be free from any linguistic and grammatic errors. and numbered in a well-accredited method.

5- A bibliography of all used books, references and periodicals shoud be provided in an alphabatical order, in addition to providing the publishing authority and publishing date.

6- The researcher should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.

7- The research can be authentic investigarion of a transcript, and insuch case the well-accredited scientific procedures applicable in this regard should be folowed, and a copy of same parts of the transcript must be attached.

8 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

9 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in

# Journal of Sharia and Law
# Objectives and Publishing Rules

## (a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published journal. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia ( Islamic Law ) and positive law in in order to enrich these two fields.

2 - Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.

3 - Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.

4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.

5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

# Contents

- Objectives and Publishing Rules of the Journal ........ 5-6
- Preface
  Editor in Chief ........ 9-11

Refereed Researches & Studies (In Arabic):

- **Banking supervision on the Financial status of opening account demander**
  Prof. faeiq mahmood AL-shamma'e ........ 13-53
- **Ispection as means of evidence for illegality of challenged decision**
  prof. ali khattar shatnawi ........55-79
- **Features of AL Katae and Al than concepts in Imam El-Shafie doctrine**
  Dr. samie AL salahat........ 81-147
- **Pleas of Joint sureties, a comparative study**
  Dr. Mohammed Ibraheem Bendari ........149-231
- **Comments on provisions of tort in Iraqi Civil Law**
  Dr. galil Hassan AL-saadi ........233-266
- **Criminal policy in Fighting money laundry phenomenon**
  Dr. fateha Qurarie ........276-340




JOURNAL OF SHARIA AND LAW

## United Arab Emirates University

" A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL "

ISSUE NO 17/ Rabei'Alawal,1422 H -Jun 2002



Published by Academic Publication Council
UAE University

This Journal is listed in the "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199

ISSN 1608-1013